This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

System des Erbrechts.

Zweite Abtheilung.

Digitized by Google

Digitized by Google

System des Erbrechts

nach

heutigem Römischen Recht.

Zum academischen Gebrauch.

Von

Dr. August Tewes,

a. o. Professor des Römischen Rechts an der k. k. Universität zu Grätz

Zweite Abtheilung.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1864.

Digitized by Google

Rec. March 11, 1899

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

§ 49. VII. Ungültigkeit und Aufhebung der Testamente.
§ 50. VIII. Eröffnung, Beweis und Exhibition letzter Willen.
§ 51. IX. Von Testamentsexecutoren.

Viertes Capitel.

Erwerbung der Erbschaft.

I. Art und Weise.
§ 52. A. Erwerb durch Antretung.
§ 53. B. Deliberationsfrist.
§ 54. C. Ablehnung der Erbschaft.
§ 55. D. Erwerb ohne Antretung.
E. Von den Transmissionen.
§ 56. 1. Allgemeine Grundsätze.
§ 57. 2. Die einzelnen Transmissionsfälle.
F. Accrescenzrecht bei Erbschaften.
§ 58. 1. Allgemeine Grundsätze.
§ 59. 2. Besondre Grundsätze bei der Intestat- und Testaments-Erbfolge
§ 60. G. Aufhebung eines bereits erfolgten Erbschaftsantritts.

II. Rechtsverhältnisse, die durch Erwerb einer Erbschaft begründet werden.
§ 61. A. Im Allgemeinen.
B. Rechts-Verhältniß des Erben zu den Gläubigern und Vermächtnißnehmern.
§ 62. 1. Beneficium inventarii.
§ 63. 2. Beneficium separationis.
C. Verhältniß zu den Miterben.
§ 64. 1. Theilung der Erbfolge.
§ 65. 2. Theilung der Erbmasse. Actio familiae erciscundae.

Digitized by Google

3. Von der Collation.
§ 66. a. Begriff und historische Einleitung.
b. Die Collationspflicht der Descendenten
§ 67. α. Subjecte.
§ 68. β. Objecte und Art der Collation.
D. Rechtsschutzmittel des Erben.
1. Hereditatis petitio.
§ 69. a. Begriff derselben.
§ 70. b. Von der Person des Klägers.
§ 71. c. Von der Person des Beklagten.
§ 72. d. Von der Leistung des Beklagten.
§ 73. e. Gegenforderungen des Beklagten.
§ 74. f. Verhältniß der Erbschaftsklage zu den Interessen Dritter.
§ 75. 2. Interdictum quorum bonorum.
§ 76. 3. Missio scripti heredis in possessionem.
4. Vorläufige Immissionen.
§ 77. a. Bonorum possessio ex Carboniano edicto.
§ 78. b. Missio in possessionem ventris nomine.
§ 79. c. Bonorum possessio furiosi nomine.
§ 80. d. Bonorum possessio wegen bedingter Erbeinsetzung.
§ 81. E. Veräußrung der Erbschaft.

Fünftes Capitel.

Von den Vermächtnissen.

I. Allgemeine Bestimmungen.
§ 82. A. Begriff, Gattungen und geschichtliche Entwicklung der Vermächtnisse.
B. Anordnung der Vermächtnisse.
§ 83. 1. Die Personen bei Vermächtnissen.
§ 84. Von Prälegaten.
2. Form der Anordnung der Vermächtnisse.
§ 85. a. Von Codicillen im Allgemeinen.
§ 86. b. Insbesondere von der Codicillarclausel.
3. Inhalt der Vermächtnisse.
§ 87. a. Im Allgemeinen.
§ 88. b. Substitution bei Vermächtnissen.
C. Ungültigkeit der Vermächtnisse.
§ 89. 1. Regula Catoniana.
§ 90. 2. Wegen Ungültigkeit des Testaments.
§ 91. 3. Beim Wegfall des Onerirten.
§ 92. 4. Widerruf der Vermächtnisse.
§ 93. 5. Translatio legatorum.
§ 94. 6. Aus anderen Gründen.
D. Erwerb der Vermächtnisse.
§ 95. 1. Art und Weise.

Digitized by Google

2. Folgen des Erwerbs.
§ 96. a. Allgemeine Grundsätze.
§ 97. b. Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen
§ 98. c. Obligatio quasi ex contractu des Onerirten und Klagen des Vermächtnißnehmers.
§ 99. d. Cautio und Missio legatorum servandorum causa.
§ 100. e. Interdictum quod legatorum.
E. Rechte des Vermächtnißträgers insbesondere nach der lex Falcidia.
§ 101. 1. Einleitung.
§ 102. 2. Von den zur Quart berechtigten Personen
§ 103. 3. Von der Berechnung der Quart.
§ 104. 4. Rechtsmittel hinsichtlich der Quart.
§ 105. 5. Wegfall des Abzugs.
§ 106. II. Von einzelnen Arten der Singularvermächtnisse insbesondere.
§ 107. A. Vermächtniß einzelner bestimmter Sachen.
§ 108. B. Vermächtniß einer Sachgesammtheit.
§ 109. C. Vermächtniß einer Summe oder Quantität
§ 110. D. Vermächtniß einer Rente.
§ 111. E. Vermächtniß des Lebensunterhaltes.
§ 112. F. Vermächtniß einer Gattungssache.
§ 113. G. Alternatives Vermächtniß.
§ 114. H. Vermächtniß dinglicher Rechte.
§ 115. I. Vermächtnisse in Bezug auf Forderungen.
III. Vom Universalvermächtniß.
§ 116. A. Historische Einleitung.
§ 117. B. Anordnung.
§ 118. C. Object.
§ 119. D. Erwerb.
§ 120. E. Wirkungen der Restitution.
§ 121. F. Quarta Trebellianica.
§ 122. G. Stellung der Singularvermächtnißnehmer.
§ 123. H. Erzwungene Antretung.

Sechstes Capitel.

§ 124. Von den Schenkungen von Todeswegen. Mortis causa donationes.

Siebentes Capitel.

Die Notherbfolge.

§ 125. I. Einleitung.
II. Notherbenrecht der Periode vor Novelle 115.
A. Präteritionslehre, formelles Notherbenrecht der sui, postumi, quasi postumi und emancipati. Civiles und prätorisches Recht.
§ 126. 1. Einsetzung und Exheredation.
§ 127. 2. Präterition.

Digitized by Google

B. Pflichttheilsrecht oder materielles Rotherbenrecht. Auctorität des Centumviralgerichtshofes zu Rom.
§ 128. 1. Einleitung.
§ 129. 2. Pflichttheilsberechtigte.
§ 130. 3. Größe des Pflichttheils.
§ 131. 4. Berechnung nach Geld und Einrechnung.
§ 132. 5. Art der Hinterlassung.
6. Schutz des Pflichttheilsrechts.
a. Querela inofficiosi testamenti.
§ 133. α. Natur und Erfordernisse.
§ 134. β. Wirkungen der Querel.
§ 135. b. Actio suppletoria.
§ 136. c. Querela inofficiosae donationis et dotis.
III. Das Recht der Novelle 115.
§ 137. A. Inhalt der Novelle.
§ 138. B. Verhältniß der Novelle zum alten Recht.
§ 139. C. Rechtsmittel aus der Novelle.
§ 140. D. Enterbungsursachen.
§ 141. E. Stellung der Geschwister, des Soldaten und des Hauskindes zum Rotherbenrecht.
§ 142. F. Exheredatio bona mente facta. Enterbung in wohlmeinender Absicht.
§ 143. IV. Außerordentlicher Pflichttheil.

Achtes Capitel.

§ 144. Mortis causa capio.

Digitized by Google

§ 49.

VII. Ungültigkeit und Aufhebung der Testamente.

Inst. quibus modis testamenta infirmantur (2. 17). Dig. de injusto, rupto, irrito facto testamento (28. 3). Dig. de his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur (28. 4).

Pfotenhauer, Einige Bemerkungen über das vorzugsweise sog. testamentum posterius imperfectum in der Gießner Zeitschrift Bd. XVI. Nr. 11. Marezoll, Ueber Const. 21 § 3 Cod. 6. 23. in Grolman's Magazin Bd. 4. Nr. 11. 4. Francke, Ueber Anerkennung ungültiger letztwilliger Dispositionen im civil. Archiv. Bd. XIX. Nr. 7. Derselbe Beiträge S. 148 ff. Marezoll L. 11 § 2 D. 37. 11 (Form der Erklärung über die Geltung des Testaments nach erlittener capitis deminutio), im civil. Archiv Bd. VIII Nr. 10. 2. Arndts § 501—503. Puchta § 483—484. Brinz § 186—187. Sintenis § 179. Holzschuher S. 719—736. Böcking Grdr. III. B. § 62—68. Mühlenbruch-Glück Bd. 38 S. 118 ff. S. 168 ff. Bd. 39 S. 1 ff. Göschen § 867—872. Vangerow § 457—460. Vering S. 453—466. Müller S. 772—776. Keller § 492—497. Heimbach im Rtsler. Bd. 10 S. 922—989.

Auszuscheiden sind hier diejenigen Fälle der Unwirksamkeit eines Testamentes, die dadurch entstehen, daß in demselben ein Fehler gegen die Notherben gemacht ist (cf. Notherbfolge). Abgesehen hiervon unterscheidet die Römische Jurisprudenz fünf Classen unwirksamer Testamente:

I. Testamentum nullum.
II. Testamentum rescissum.
III. Testamentum ruptum.
IV. Testamentum irritum.
V. Testamentum destitutum.

Ist das Testament von Anfang an ungültig, so ist es nullum. Ist es von Anfang an gültig und wird erst später ungültig, so ist der Grund des späteren Ungültigwerdens zu beachten. Liegt dieser Grund in dem direct vernichtenden Rechtsact des Testirers selbst, so ist es ruptum. Liegt er in dem direct vernichtenden Rechtsact eines Erbberechtigten, so ist es rescissum. Liegt er in sonstigen Ereignissen, bei denen jedoch auch der Testirer selbst indirect vernichtend handeln kann (s. unten): in Fällen der Arrogation und Legitimation, so ist es entweder irritum oder destitutum.

Digitized by Google

I. Testamentum nullum, oder nullius momenti: dasjenige Testament, welches von Anfang an und zwar ipso jure ungültig oder nichtig ist. Hier existirt rechtlich eben gar kein Testament. Hat der Erblasser früher ein gültiges Testament errichtet, so bleibt dasselbe gültig. Durch das spätre nichtige wird es nicht aufgehoben. Hinterläßt er nur das nichtige, so tritt Intestaterbfolge ein. Testirt z. B. jemand nichtig, dessen nächster Intestaterbe der A. ist, übergeht aber denselben und setzt den X. als Erben ein, so wird dem A. die Intestaterbfolge deferirt. Besitzt daher X. die Erbschaft, so fordert A. sie mit der hereditatis petitio intestati von ihm heraus. Beruft X. sich excipiendo auf das Testament, so verneint A. einfach dessen juristische Existenz und dringt durch. Darüber, ob wirklich das Testament ipso jure nichtig sei, hat der Richter zu erkennen. Er hat es nicht erst durch seinen Ausspruch zu vernichten.

Ein von Anfang an ungültiges Testament kann nicht hinterher gültig werden: weder tractu temporis, noch ex postfacto, namentlich auch weder durch Anerkenntniß, noch dadurch, daß der Testator, dem die Testirfähigkeit fehlte, solche hernach erwirbt[1]. Quoties ipsum testamentum non valet, nihil in testamento valet. (L. 1 § 1 D. de leg. III.) Auch die Vermächtnisse gelten also nicht.

Von Anfang an nichtig ist nun ein Testament:

A. Wenn dem Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung die testamenti factio activa fehlte (cf. § 21).

B. Wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Formen bei der Testamentserrichtung vernachlässigt sind, z. B. die Unterschrift des Testators, die erforderliche Anzahl Zeugen oder deren Unterschrift fehlt. In diesem Falle nennt man das Testament vorzugsweise injustum oder non jure factum. L. 1 D. 28. 3: „Testamentum non jure factum dicitur, ubi solennia juris defuerunt“. Oder wenn das Testament nicht ganz fertig wurde, imperfectum.

---

1) L. 29 D. 50. 17: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

L. 210 D. eod.: Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest.

§ 1 I. 2. 12: Praeterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est, item furiosi, quia mente carent. Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes, aut furiosus postea compos mentis factus fuerit.

Digitized by Google

C. Wenn es dem Testament an aller Erbeinsetzung fehlt (cf. §§ 20. 41).

D. Wenn alle im Testament angeordneten Erbeinsetzungen, auch die Vulgarsubstitutionen, schon zur Zeit der Testamentserrichtung ungültig sind, z. B. Instituten und Substituten schon todt sind (cf. § 41).

E. Wenn das ganze Testament oder wenigstens die Erbeseinsetzung durch Betrug, Zwang, oder durch einen Irrthum des Erblassers erwirkt ist (cf. § 35 Nr. II.).

In den Fällen von Nr. B., C. und D. kann aber das Testament durch die Codicillarclausel als Codicill aufrecht erhalten werden, vorausgesetzt, daß die Erfordernisse des Codicills erfüllt sind (s. unten).

Ueber die Anerkennung solcher nichtiger Testamente gilt Folgendes: Nichtige Testamente kommen durch die Anerkennung nicht zu Kräften, weder durch ausdrückliche, noch durch indirecte. Der in einem nichtigen Testamente durch Einsetzung ex parte oder durch Vermächtniß honorirte Intestaterbe, welcher aus demselben antrat, oder das Vermächtniß vom Testamentserben forderte oder annahm, kann immer noch das Testament als nichtig anfechten und als Intestaterbe die hereditatis petitio anstellen[2].

Dies leidet eine Ausnahme, wenn die Anerkennung in Folge eines Vergleichs[3] geschah und wenn der Intestaterbe bei der Anerkennung des Testaments wußte, daß es ungültig war; denn dadurch hat er auf seine Klage verzichtet und ihm steht die exceptio doli entgegen[4]. Jedoch schadet ihm nicht eine Anerkennung aus Rechtsirrthum[5].

---

2) L. 3 D. 48. 10: Qui ignorans, falsum esse testamentum, vel hereditatem adiit, vel legatum accepit, vel quoquo modo agnovit, falsum testamentum dicere non prohibetur.

L. 5 pr. D. 34. 9: Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum sed et non jure factum contendere, inofficiosum autem dicere non permittitur. (Das testamentum inofficiosum ist nämlich nicht ipso jure nichtig.)

3) L. 14 D. 2. 15.

4) L. 8 D. 5. 3: . . Hereditatem vindicare non prohibetur is, qui, quum ignorabat testamenti vires, judicium defuncti secutus est.

Const. 3 Cod. 9. 22: Licet ex tabulis, quas sub nomine patris tui ... novercam tuam, subrepto vero testamento, falsas protulisse allegas, quum crimen admissum ignorares, legatum adscriptum tibi consecutus sis: tamen non impedieris, accusationem contra eam . . instituere.

5) L. 79 D. de leg. II.: Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit, juris

Digitized by Google

II. Testamentum rescissum: dasjenige Testament, welches von Anfang an gültig war, später aber ungültig geworden ist durch den direct vernichtenden Rechtsact eines Erbberechtigten. Ein gültiges Testament kann wegen eines Fehlers rescindirbar sein, d. h. der Fehler gibt gewissen erbberechtigten Personen das Recht, es vor Gericht umzustoßen. Es bleibt gültig, wenn sie von diesem Rechte nicht Gebrauch machen, bez. auf dasselbe verzichten. So lange dieses Recht währt, ist die Kraft des Testaments eine unvollständige, eine unsichere. Es ist eben rescindirbar, testamentum rescindibile[6] (cf. § 60 Nr. II. 2).

III. Testamentum ruptum: dasjenige Testament, welches von Anfang an gültig war, später aber ungültig geworden ist durch den direct vernichtenden Rechtsact des Testirers selbst.

Der Testator kann sein gültig errichtetes Testament jederzeit selber wieder vernichten und zwar:

A. durch Vernichtung der Testamentsurkunde, oder

B. durch Widerruf, oder

C. durch Errichtung eines neuen Testaments.

Nach Römischem Recht sind letztwillige Verfügungen einseitig, nicht bindend. Daher kann ihr Urheber sie jeder Zeit wieder vernichten. „Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum“[7] (cf. § 5 Nr. B.).

Die Widerruflichkeit der Testamente schien den Römern so natürlich, daß der Testator auch nicht durch eigne einseitige Verfügung, sein Testament nicht widerrufen zu wollen, gebunden war.

---

ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum . . perceperunt. Non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.

6) L. 8 § 10 D. 5. 2. L. 12 § 2 l. 13 D. eod. L. 2 pr. D. 37. 11.

7) L. 32 § 3 D. 24. 1: Poenitentiam accipere debemus supremam. Proinde si uxori donavit, deinde eum poenituit, mox desiit poenitere, dicendum est, donationem valere, ut supremum ejus spectemus judicium; quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, quum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitae supremum exitum.

Const. 6 Cod. 6. 22: Si quis imperatorem forte heredem instituerit, habeat mutandi judicii facultatem et quemcunque voluerit secundum leges in testamento suo heredem scribendi.

Digitized by Google

Dies ist die Unwirksamkeit der sogenannten clausula derogatoria. Erklärt jemand in einem Testament, dessen Inhalt solle sein letzter Wille bleiben, und sollte er später etwas Andres, diesem zuwider, verordnen, so erkläre er solches im Voraus für nichtig, so ist diese Bestimmung ohne alle Wirkung. Durch Anwendung dieser Clausel kann niemand seinen Willen selber binden[8].

Einige Juristen legen dieser derogatorischen Clausel jedoch eine gewisse Wirkung bei. Liegen 2 Testamente vor, deren früheres die Clausel enthält, so behaupten sie, das spätere Testament zerstöre jetzt nicht das erste, es sei denn, daß das 2te Testament die derogatorische Clausel, die im ersten enthalten ist, ausdrücklich widerrufe. Die communis opinio erklärt sich jedoch mit Recht dagegen (cf. Heimbach im Rtsl. l. c. S. 935).

Ebenso ist des Testirers dem früheren Testamente beigefügte Erklärung, daß ein spätres Testament nur dann gelten solle, wenn es in einer besonders angegebenen Form, z. B. eigenhändig verfaßt sei, ganz ohne Einfluß auf die Gültigkeit eines nicht in dieser besondren Form verfaßten spätren Testaments[9]. Selbst, wenn die Clausel eidlich bestätigt ist (clausula adjuratoria), wird dennoch das erste Testament durch das zweite rumpirt.

Die Befugniß, sein Testament wieder aufzuheben, verliert man selbst dann nicht, wenn man auch das Versprechen, selbst das vertragsmäßige ablegt, das Testament nicht zu widerrufen[10] (cf. § 5 Nr. B. i. f.).

---

8) L. 52 § 6 D. 17. 2: Nec libertatem de supremis judiciis constringere quis poterit.

L. 22 pr. D. de leg. III.: Si quis . . . adscripserit, „Cui bis legavero, semel dari volo", postea eodem testamento vel codicillis sciens saepe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Sed hoc ita locum habet, si specialiter dixerit, prioris voluntatis sibi poenituisse et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.

9) L. 6 § 2 D. 29. 7: Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adjecerit: „ut non alios valere velit, quam sua manu signatos et scriptos", tamen valent ab eo facti codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu ejus scripti fuerint; nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant.

10) Const. 4 Cod. 8. 39: Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est.

Digitized by Google

Auch in Deutschland gilt dieser Grundsatz. Wenn ich nach beendigter Errichtung meines Testaments dem Eingesetzten von seiner geschehenen Honorirung Mittheilung mache und ihm dabei vertragsmäßig verspreche, ich wolle das Testament nicht ändern, so bin ich auch nach Deutschem Recht an ein solches Versprechen nicht gebunden. Gebunden bin ich nach Deutschem Recht nur, wenn ich bei der Erbesernennung selbst die Form des Vertrages wähle, also jemanden durch einen mit ihm geschlossenen Vertrag zum Erben ernenne. Hier dagegen disponirte ich in der Form des widerruflichen Testaments.

Auch ein wechselseitiges Testament kann jeder Testator einseitig wieder aufheben, sowohl nach als vor dem Tode des anderen Testators, selbst dann noch, wenn er die Erbschaft des letzten nach dessen Testament bereits angenommen hat. Aber sofern das Testament ein correspectives war (cf. § 34 Nr. B.), wird freilich durch die Widerrufung des einen auch das andre aufgehoben und müssen denn auch die Wirkungen des gemäß diesem schon eingetretenen Erbschaftserwerbes wieder rückgängig gemacht werden (cf. Arndts § 501. Anm. 3).

Durch den einseitigen Willen des Testirers ist das Testament entstanden, und kann es wieder aufgehoben werden. Nur muß der vernichtende Wille, wie der schaffende von einer Form umgeben sein. Der formlose Wille hebt das Testament nicht auf. Die Formen der Aufhebung eines gültig errichteten Testaments sind nun folgende:

1. Vernichtung der Testamentsurkunde oder wesentlicher Theile derselben.

a. Der Testator kann die Testamentsurkunde zerschneiden (incidere, concidere), zerreißen, verbrennen, die Siegel abreißen, oder die Schriftzüge zerstören, auslöschen (delere, inducere), durchstreichen (cancellare)[11].

b. Der Testator muß dabei testirfähig, namentlich also willensfähig sein, nicht z. B. geisteskrank[12].

---

11) L. 1 § 8 D. 38. 6: Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui B. Pionem acceperunt.

12) L. 20 D. 28. 3: . . Titius integra mente . . testamentum fecit . . . . Postea . . . mente captus tabulas . . incidit. Quaero, an heredes his tabulis instituti adire possint hereditatem? Respondit, . . non ideo minus adiri posse.

Digitized by Google

c. Er muß aber auch absichtlich die Vernichtung vornehmen. Sonst fehlt es ja an dem vernichtenden Willen des Testators[13]. Unabsichtliche Zerstörung oder Beschädigung der Testamentsurkunde durch ihn selber schadet daher nicht, wenn nur der Inhalt derselben in gehöriger Weise dargethan werden kann. „Inconsulto deleta petentes non repelluntur, sive legi possunt deleta, sive non" sagt l. 1 § 3 D. 28. 4 cit. Umsoweniger kann eine Vernichtung oder Beschädigung schaden, welche ohne des Testators Willen und nicht durch ihn selbst erfolgt, z. B. wenn sie durch einen Dritten, invito testatore, oder durch Mäusefraß erfolgt[14] („si rosae sint a muribus tabulae") l. 1 § 3 cit. Const. 12 cit.

d. Muß Testator in eigner Person die Vernichtung vornehmen? oder genügt es, per mandatarium sie vornehmen zu lassen? Errichten kann man ein Testament nicht per mandatarium. L. 1 § 3 D. 28. 4 cit. sagt nun: „wenn ein Dritter, invito testatore, die Testamentsurkunde zerschnitt, so gilt das Testament". Für

---

13) L. 1 pr. D. 28. 4: Quae in testamento legi possunt, ea, inconsulto deleta et inducta, nihilominus valent, consulto, non valent. Legi autem sic accipiendum, non intelligi, sed oculis perspici, quae sunt scripta. Ceterum si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur legi posse. — § 1. Quod igitur inincaute factum est, pro non facto est, si legi potuit. § 2. Sed si legi non possunt, quae inconsulto deleta sunt, dicendum est non deberi; sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum est. § 3. Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi possunt, sive non possunt: quoniam si totum testamentum extet, constat, valere omnia, quae in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones: si vero alius, invito testatore, non denegabuntur.

Const. 12 Cod. 6. 23: . . De his autem, quae interleta sive suprascripta dicis, non ad juris solemnitatem, sed ad fidei pertinent quaestionem, ut appareat, utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falso haec fuerint commissa.

Const. 30 Cod. eod.: . . . sancientes, si quidem testator linum vel signacula inciderit, vel abstulerit, utpote ejus voluntate mutata, testamentum non valere; sin autem ex alia quacunque causa hoc contigerit, durante testamento, scriptos ad hereditatem vocari.

14) L. 1 § 11 D. 37. 11: Si rosae sint a muribus tabulae, vel linum aliter ruptum vel vetustate putrefactum vel situ vel casu et sic videntur tabulae signatae, maxime, si proponas, vel unum linum tenere. Si ter forte vel quater linum esset circumductum, dicendum est, signatas tabulas ejus exstare, quamvis vel incisa vel rosa sit pars lini.

Digitized by Google

den Fall der Zerschneidung ex mandato testatoris sagt sie nichts. Doch muß man die ex mandato erfolgte Vernichtung der Urkunde wohl als Vernichtung des Testaments anerkennen.

e. Ist nur ein Theil der Testamentsurkunde durchstrichen, so fragt es sich, ob ein zufälliger oder wesentlicher Theil des Testaments dadurch betroffen ist. Tilgt der Testator z. B. nur die Einsetzung eines Miterben, so bleibt nicht nur die der übrigen bei Kräften, sondern dieselben müssen auch die Vermächtnisse entrichten, die jenem auferlegt waren [15].

Tilgt der Testator alle Erbeinsetzungen, so hört die Urkunde auf ein Testament zu sein. Tilgt er alle Erbeinsetzungen „quia unum heredem offensum habuit", so sollen die Einsetzungen der Miterben jenes unus, wie auch die Vermächtnisse im Zweifel aufrecht erhalten werden (nicht aber, wie Einige lehren, die Vermächtnisse allein) L. 2 D. 28. 3 cit.

f. Ist das Testament in mehren Original-Urkunden errichtet worden und blos Eins derselben hat der Testator zerstört, so bleibt das Testament bestehen, wenn nicht die Intestaterben den

---

15) L. 2 D. 28. 3: Cancellaverat quis testamentum vel induxerat, etsi propter unum heredem facere dixerat. Id postea testamentum signatum est. Quaerebatur de viribus testamenti, deque portione ejus, propter quem se cancellasse dixerat. Dicebam, si quidem unius ex heredibus nomen induxerit, sine dubio ceteram partem testamenti valere, et ipsi soli denegari actiones. Sed legata ab eo nominatim relicta debebuntur, si voluntas ea fuit testantis, ut tantum heredis institutio improbetur. Sed si instituti nomen induxit et substituti reliquit, institutus emolumentum hereditatis non habebit. Sed si omnia nomina induxerit, ut proponitur, adscripserit autem, idcirco se id fecisse, quia unum heredem offensum habuit: multum interesse arbitror, utrum illum tantum fraudare voluit hereditate, an vero causa illius totum testamentum infirmare, ut, licet unus inductionis causam praebuerit, verum omnibus obfuerit. Et, si quidem soli ei ademtam voluit portionem, ceteris nihil nocebit inductio, non magis, quam si, volens unum heredem inducere, invitus et alium induxerit. Quod si putaverit totum testamentum delendum ob unius malum meritum, omnibus denegantur actiones. Sed an legatariis denegari actio debeat, quaestio est; in ambiguo tamen interpretandum erit, et legata deberi et coheredum institutionem non esse infirmandam.

L. 3 D. eod. (cf. Mühlenbruch Bd. 39 S. 85.)

Digitized by Google

Beweis führen, er habe damit die Vernichtung des Testaments selbst beabsichtigt[16].

2. Widerruf vor drei Zeugen oder vor Gericht.

Der Widerruf eines Testaments durch bloße Worte gilt nicht, selbst wenn er vor 7 Zeugen in Testamentsform geschieht. L. 17 § 2 D. 29. 1. Denn die Testamentsform ist für die Errichtung, nicht für die Aufhebung der Testamente bestimmt. Der wahre Grund hierfür liegt in der Mancipationsidee, da der Hauptact im Testament mancipatio familiae war und diese mancipatio durch mündliche Erklärung nicht aufgehoben werden konnte.

Honorius führte in const. 6 Cod. Theod. 4. 4 vom Jahre 418 eine neue Art der Ruption ein, eine ruptio tacita. Er bestimmte, daß alle Testamente, wenn sie 10 Jahre alt geworden, ganz von selbst ihre Wirksamkeit verlieren sollten.

Justinian fand diese Vorschrift zu durchgreifend. Er veränderte sie dahin, daß sie nur eintreten soll, wenn der Testator vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protocoll (apud acta) erklärt, daß er die Erlöschung wolle[17].

---

16) L. 4 D. 28. 4: Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis, unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus (der Testator) solemniter complevit. Si quasdam tabulas, in publico depositas, abstulit atque delevit, quae jure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur: non constituentur irrita. Paulus notat: Sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, et hoc approbaverint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas.

17) Const. 27 Cod. 6. 23: Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum et post ejus confectionem decennium profluxerit, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas testatoris apparuerit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibeatur? Quemadmodum enim, qui testamentum fecit et nihil voluit contrarium, intestatus efficiatur? Sin autem in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso jure prius tollitur testamentum. Sin autem testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel, aliis verbis utendo, contrariam aperuerit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestaverit et decennium fuerit emensum: tunc irritum est testamentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super hujusmodi testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis (cf. Mühlenbruch Bd. 38 S. 267 ff.).

Digitized by Google

Hiernach muß nun beides zusammentreffen, zehnjähriges Alter und der besonders qualificirte Widerruf. Wer im Jahre 1840 ein Testament machte, 1843 es vor drei Zeugen oder gerichtlich widerruft und 1846 stirbt, dessen Testament ist nicht ruptum. Es ist noch nicht 10 Jahre alt. Stirbt er aber erst 1851, so ist das Testament als ruptum ungültig; denn die 10 Jahre laufen nicht von der Zeit der Revocation an, sondern von der der Testamentserrichtung. Nach einer anderen Meinung, der wir doch Erwähnung thun wollen, kann der Testator überall erst decennio emenso den Widerruf thun, im obigen Falle also vor dem Jahre 1850 nicht. Nach dieser Meinung ist das Testament mit dem gethanen Widerruf dann sofort und ohne Weitres ruptum.

In Betreff dieser Vorschrift ist der Soldat privilegirt. Cit. l. 15 § 1 D. 29. 1. (cf. § 29 Anm. 8.)

Jene einigermaßen sonderbare Vorschrift gilt gemeinrechtlich noch heute. Es entstehen dabei die Fragen: sind die drei Zeugen Solennitätszeugen? sind sie zu rogiren? und ist unitas actus erforderlich? (cf. Mühlenbruch Bd. 38 S. 283—288.)

Bei Vermächtnissen ist ein wörtlicher Widerruf möglich und vollkommen wirksam (s. unten).

3. Errichtung eines neuen Testaments. (Ruptio tacita.)

a. Es ist Grundsatz: „Nemo cum pluribus testamentis decedere potest". (Ausnahme für Soldaten in expeditione cf. § 29 Nr. II. 1.) Das ältre Testament wird stets ipso jure durch das neuere aufgehoben[18]; sollte auch der Testator das Gegentheil aus-

---

18) § 2 I. 2. 17: Posteriore testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem ejus, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit: in his casibus paterfamilias intestatus moritur; nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas habet vires, quum ex eo nemo heres extiterit.

L. 2 D. 28. 3: Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest. Tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur.

Digitized by Google

drücklich erklären, sei es in dem früheren, sei es in dem spätren Testamente. Es können so wenig zwei Testamente neben einander gelten, als Testaments- und Intestatsuccession neben einander Statt finden können (cf. § 6 Nr. IV. B.). Denn jedes Testament normirt die Universalsuccession. Diese aber ist etwas Totales und Exclusives und zieht den ganzen übrigen Inhalt des Testaments nach sich.

b. Soll das neuere das ältre Testament aufheben, so muß das zweite Testament gültig errichtet sein. Leidet es an einem wesentlichen Mangel in Form oder Inhalt, so bleibt das ältre Testament gültig[19] § 2 I. 2. 17 cit. L. 2 D. 28. 3 cit.

Eine Ausnahme macht das sog. testamentum posterius imperfectum in favorem heredum ab intestato conditum: Wenn jemand im ersten Testamente seine Intestaterben übergangen, im zweiten dagegen dieselben, d. h. alle seine Intestaterben und zwar ohne Abändrung ihrer Intestaterbquoten instituirt hat, so soll das zweite Testament zur Vernichtung des ersten genügen, wenn auch einige von den an sich erforderlichen Solennitäten fehlen, vorausgesetzt nur, daß der Act des zweiten Testaments durch 5 Zeugen bewiesen werde[20]. Cit. l. 2 D. 28. 3. Nach Theodo-

---

Const. 27 Cod. cit.: Si perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso jure prius tollitur testamentum.

19) § 7 I. 2. 17: . . ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint . . .

L. 11 D. 28. 3: Si binae tabulae proferantur, diversis temporibus factae, unae prius, aliae postea, utraeque tamen septem testium signis signatae et apertae posteriores vacuae inventae sint, id est nihil scriptum habentes: omnino superius testamentum non est ruptum, quia sequens nullum est.

L. 7 D. 28. 2: Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit et vivo patre decedat, testamentum non valet nec superius rumpetur.

L. 16 D. 28. 3: Quum in secundo testamento heredem eum, qui vivit, instituimus, sive pure, sive conditione, si tamen conditio existere potuit, licet non extiterit: superius testamentum erit ruptum . . .

L. 16 § 1 D. 28. 6.

20) Const. 21 § 3 (al. 5) Cod. 6. 23: Si quis autem, testamento jure perfecto, postea ad aliud venerit testamentum, non alias, quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator instituit, jure fuerit consummatum, nisi forte, in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem successionemve venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit,

Digitized by Google

sius' eigner Vorschrift soll aber das zweite Testament nicht als Testament gelten, sondern nur als „ultima voluntas intestati". Gewiß mit Recht versteht man darunter einen Codicill ab intestato. Es dürfen in demselben also auch Vermächtnisse ausgesetzt werden. Für dasselbe gelten folgende Erfordernisse:

α. Zu seiner vis rumpendi genügt:

aa. Daß der Testator vor mindestens 5 testes idonei mündlich erklärt hat, entweder (negativ): „sein erstes Testament solle aufgehoben sein", oder (positiv): „seine Intestaterben sollen seine Erben sein" oder bezieh. daß er denselben eine Schrift als seinen letzten Willen vorgelegt hat, welche diese negative oder positive Erklärung enthält und

bb. daß, wenn Streit darüber unter den Betheiligten ist, durch 5 unter jenen fähigen Testamentszeugen, und zwar als durch 5 Beweiszeugen, die Thatsache jener mündlichen Erklärung oder bez. jener Vorlegung einer Schrift bekundet werde. Namentlich die Identität der Urkunde ist so zu erweisen. Es bedarf weder einer Rogation der Zeugen, noch einer Unterzeichnung der Urkunde durch die Zeugen oder durch den Testator. Also bedarf es zur vis rumpendi nicht einmal einer vollständigen Erfüllung der Form der Codicille.

β. Zu seiner positiven Eigenschaft als codicillus ab intestato dagegen, mit Anordnung von Vermächtniß und mortis causa donatio, ist ohne Frage eine vollständige Codicillarform erforderlich.

γ. Die „quinque testium juratorum depositiones" sind nicht Solennitätserforderniß zur Gültigkeit des Rechtsacts und zwar weder zur vis rumpendi, noch zur Codicillareigenschaft. Beides erreicht der Rechtsact schon ohne sie. Sie sind nur vorgeschriebene Beweismittel, medium probandi necessarium, falls der Rechtsact bestritten wird.

---

qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur. Eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura, infirmato priore testamento, secundam ejus voluntatem, non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati, valere sancimus. In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt. Quo non facto, valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.

Digitized by Google

δ. Der Codicillarclausel bedarf dies Testament weder zur vis rumpendi, noch zur Codicillareigenschaft (cf. Fein in Glück's Commentar Bd. 45. S. 237—252).

c) Ist das erste Testament aufgehoben durch gültige Errichtung eines zweiten, so ist es für alle Zeiten aufgehoben. Es lebt auch nicht wieder auf, wenn das zweite wieder fällt, z. B. wenn kein Erbe aus demselben antritt, oder wenn nur eine bedingte Erbeinsetzung darin angeordnet ist, die Bedingung aber nicht eintritt. Cit. § 2 I. 2. 17. Cit. l. 16 D. 28. 3: „Semel ruptum, semper ruptum".

Eine Ausnahme von diesem Grundsatze muß nur dann angenommen werden, wenn der Testator selber und zwar in der deutlich erklärten Absicht das zweite Testament zerstört, um das frühere wieder gelten zu lassen. In diesem Falle findet eine B. P. secundum tabulas Statt zu Gunsten der im ersten Testament Eingesetzten. Cit. l. 11 § 2 D. 37. 11 (cf. § 3 Anm. 38).

d. Jedes ältre Testament ist aufgehoben, sobald ein neues gültig errichtet ist. Im zweiten Testament kann der Testator nicht verordnen, daß das erste als Testament noch fortgelten soll, wenn er vielleicht im zweiten nur einen Nachtrag zum ersten machen wollte. Ausgenommen ist das Soldatentestament. Cit. l. 19 pr. D. 29. 1 (cf. § 29 Anm. 9). Wenn ein andrer Testator dies bestimmt, so wird das ältre Testament als Codicill erhalten, so daß die darin stehende Erbesernennung als Universalfideicommiß aufrecht erhalten wird[21]. (Ob eine solche Willenserklärung stillschweigend schon allein darin zu finden sei, daß die Erbeinsetzung im spätren Testament auf einen bestimmten Gegenstand beschränkt ist, institutio ex re certa? darüber siehe § 41 Nr. IV. A.)

e. Hinterläßt jemand mehre Testamente und läßt es sich nicht ermitteln, welches das neuere ist, so gilt keines. Nur wenn jemand erweislich zu gleicher Zeit zwei Testamente gemacht hat, so wer-

21) § 3 I. 2. 17: . . . Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere perinde, ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum ut, contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba secundo testamento, quibus, ut valeret prius testamentum, expressum est... Et ruptum quidem testamentum (sc. prius) hoc modo efficitur.

Digitized by Google

den in Folge einer Bestimmung des prätorischen Edicts beide als Ein Testament aufrecht erhalten: „utrumque supremum accipiamus“ cit. l. 1 § 6 D. 37. 11 (cf. § 3 Anm. 37). Dies ist jedoch nicht auf den Fall zu beziehen, wenn nicht erweislich ist, welches unter zwei Testamenten das frühere sei (cf. Vangerow l. c. S. 243).

f. Glaubt der Testator irrthümlich, die im ersten Testament instituirten Erben seien verstorben oder sonst weggefallen, und macht er blos aus diesem Grunde ein neues Testament: so sollen alle Erbeinsetzungen aus dem ersten Testament stehen bleiben. Die Erbeinsetzungen des zweiten, sowie die Vermächtnisse und sonstigen Nebenbestimmungen des ersten fallen. Die Vermächtnisse und sonstigen Nebenbestimmungen des zweiten dagegen bleiben gültig. Den im ersten Testamente Eingesetzten binden sie, als wäre er im zweiten eingesetzt[22] (cf. § 35 Nr. A. i. f.).

g. Eine eigenthümliche Bestimmung beim privilegirten testamentum parentum inter liberos haben wir im § 30 Nr. B. 2 i. f. kennen gelernt.

IV. Testamentum irritum. Dadurch, daß der Erblasser die testamenti factio activa verliert, wird heute ein Testament nur noch in Einem Falle ungültig. Wenn jemand sein Testament gültig errichtet, also namentlich auch zur Zeit der Testamentserrichtung die testamenti factio activa hat, später aber die letztre verliert, so bleibt sein Testament gültig; z. B. wenn er später geisteskrank oder für prodigus erklärt wird[23].

---

22) L. 92 D. 28. 5: Pactumejus . . Pactumejam Magnam, filiam . . . . ex asse heredem instituerat, eique patrem ejus substituerat. Pactumeja Magno occiso et rumore perlato, quasi filia quoque ejus mortua, mutavit testamentum, Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: „Quia heredes, quos volui habere mihi, continere non potui, Novius Rufus heres esto“. Pactumeja supplicavit Imperatores nostros. Et, cognitione suscepta, licet modus institutione contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum. Igitur pronuntiavit: Hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.

23) § 1 i. f. I. 2. 12: Nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.

§ 3 i. f. I. eod.: Sed si quis post testamentum factum mutus aut

Digitized by Google

Eine Ausnahme von dieser Regel macht nur der Fall, wenn man durch Verlust eines status die Testirfähigkeit verliert (cf. § 21 i. f.). Dies war bei den Römern ein ziemlich häufiger Fall. Ein Testament konnte nicht hinterlassen, wer in metalla oder zum Tode verurtheilt war, also servus poenae war, ferner wer zur Deportation verurtheilt war, also die civitas verloren hatte[24]. Hatte der Testator jedoch bei seinem Tode den verlorenen status wieder erlangt, so fand eine B. P. secundum tabulas Statt. Cit. § 6 I. 2. 17 (cf. § 3 Anm. 39).

Solche Fälle aber fallen bei uns weg, da wir keine capitis deminutio maxima und media haben. Daher kann bei uns nach gemeinem Deutschen Recht ein Testament nur dann irritum werden, wenn ein homo sui juris ein gültiges Testament macht und nachher durch Arrogation oder Legitimation in die väterliche Gewalt eines Andren kommt; denn dann wird sein Vermögen peculium adventitium, über das er kein Testament hinterlassen kann (cf. § 21 ad Nr. II.). Das erloschene Testament lebt jedoch wieder auf, nämlich jure praetorio, wenn er später von der väterlichen Gewalt wieder frei wird[25] und dasselbe in irgend einer Weise bestätigt. Cit. l. 11 § 2 D. 37. 11 (cf. § 3 Anm. 38). (Insofern der zu Arrogirende oder zu Legitimirende nach Errichtung eines Testaments zu dem Rechtsact der Arrogation oder Legitimation selber mitwirkt, wird sein Testament ungültig durch einen indirect vernichtenden Rechtsact des Testirers selbst, s. oben.)

V. Testamentum destitutum seu desertum seu irritum: dasjenige Testament, aus welchem niemand Erbe wird, z. B. sämmtliche eingesetzte Erben sterben vor dem Erblasser, oder zwar nach demselben, aber ohne angetreten zu haben. Hier wird vorausgesetzt, daß zur Zeit der Testamentserrichtung von den eingesetz-

---

surdus esse coeperit, ratum nihilominus ejus permanet testamentum.

Cit. l. 20. D. 28. 3.

24) § 4 I. 2. 17: . . Testamenta jure facta infirmantur, quum is, qui fecerit testamentum, capite deminutus sit . . . .

L. 6 § 5 D. 28. 3: Irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus . . captus, vel . . . . § 6—13. D. eod.

25) Cit. § 6 I. 2. 17. L. 1 § 8 D. 37. 11 (cf. § 3 Anm. 39).

Digitized by Google

ten Erben mindestens Einer lebte; denn sonst ist das Testament von Anfang an nichtig, testamentum nullum. Oder die Instituti schlagen die Erbschaft sämmtlich aus. Oder die Bedingung, unter der sie eingesetzt sind, tritt nicht ein u. dgl.: und etwaige Substituten oder Transmissionserben sind nicht vorhanden. Const. unic. § 13 Cod. 6. 51 (cf. § 56)[26]. Cit. § 2 I. 2. 17.

In einem solchen Falle fällt das Testament mit seinem ganzen Inhalte zusammen, also auch mit den Vermächtnissen[27]. Nur kann ein solches Testament durch die Codicillarclausel als Codicill aufrecht erhalten werden (s. unten). Wird das Testament durch Ausschlagung destitut, so werden die Vermächtnisse außerdem auch noch insofern aufrecht erhalten, als sie in gewissen Fällen gegen den Ausschlagenden geltend gemacht werden können, wie auch gegen den Dritten, welcher etwa mit ihm colludirt. Diese Fälle sind unten bei der Lehre von den Vermächtnissen zu erörtern.

Einige Civilisten haben auf Grund von Novelle I. cap. 2 i. f. behauptet, daß, wenn der Testamentserbe ausschlage, die Vermächtnißnehmer die Erbschaft antreten könnten. Eventuell könne auch der Intestaterbe aus dem Testamente antreten, in omnem eventum quilibet ex populo, und nach allen der Fiscus. Alle jedoch mit der Verpflichtung, die Vermächtnisse zu erfüllen. In der ganzen Novelle steht jedoch kein Wort von einem Erben, der ausschlug. Sie redet nur von Einem, der antrat, bereits zur Auszahlung der Vermächtnisse condemnirt ist und dann noch in Jahresfrist kein Vermächtniß bezahlt. Justinian klagt, kein Mensch wolle die Legate bezahlen, die Erbschaft wolle ein Jeder haben. Der Erbe soll zur Strafe die schon erworbene Erbschaft als indignus verlieren und die oben Genannten sie ihm abnehmen können, wenn sie die Vermächtnisse entrichten wollen (cf. § 60 Nr. IV. 2 c. Mühlenbruch Bd. 39 S. 54. Vangerow § 459. Anm. 1).

---

26) § 7 I. 3. 1: . . quo certum est, aliquem sine testamento decessisse: quod accidit et destituto testamento. § 8 I. eod.

L. 1 D. 28. 3: . . aut in irritum constituitur non adita hereditate.

27) L. 9 D. 26. 2: Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt.

L. 181 D. 50. 17: Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur.

Digitized by Google

§ 50.

VIII. Eröffnung, Beweis und Exhibition letzter Willen.

Dig. testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur (29. 3). Dig. de S. C. Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur (29. 5). Dig. de tabulis exhibendis (43. 5). Cod. testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur (6. 32). Cod. de his, quibus ut indignis hereditas aufertur et ad S. C. Silanianum (6. 35). Cod. de tabulis exhibendis (8. 7).

Donellus, Comm. ad Cod. 6. 32. Glück, De test. priv. solen. probatione, in opusc. fasc. I. Nr. 1. Westphal, Von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. Leipzig 1790. Savigny, Erklärung einer Urkunde des 6. Jahrhunderts in den verm. Schriften Bd. III. S. 122 ff. und Gesch. des röm. Rs. im M. A. 2. Aufl. Bd. I. § 27. Bachofen, Die Erbschaftssteuer, ihre Geschichte u. s. w. in s. ausgew. Lehren. Nr. 10. Spangenberg s. § 25. Seuffert's Archiv I. Nr. 95. 258. Arndts § 504. 532. Puchta § 482. Sintenis § 181. Holzschuher S. 697—700. Böcking Erbr. III. B. § 47. Mühlenbruch-Glück Bd. 7. S. 493 ff. Bd. 43. S. 370—390. Göschen § 822—824. Keller § 498. Vering S. 467—472. Heimbach im Rtsl. Bd. 5. S. 577. Bd. 10. S. 1009—1010. Arndts das. Bd. 5. S. 217—219.

I. Eröffnung der letzten Willen.

A. Der Privattestamente und Privatcodicille.

Die Vorschriften hierüber entstanden aus der Römischen Finanzgesetzgebung. Im Anfange der Kaiserzeit entstand durch die lex Julia de vicesima hereditatum v. J. 759 eine Erbschaftssteuer. Ihretwegen hatte der Staat ein Interesse, die letztwilligen Verfügungen kennen zu lernen. Daher entsteht ein solennes Verfahren zur Eröffnung der Testamente. Sowie der Testator gestorben ist, kann jedermann, der ein Interesse daran wahrscheinlich macht, eine Eröffnung des letzten Willens beantragen. Es muß aber der Tod des Erblassers feststehen[1]. Heut zu Tage wird ein amtlicher Todtenschein verlangt.

Auf Grund dieses Antrags wird das Testament vor die Obrigkeit gebracht: und zwar in Rom vor den Prätor, in Constantinopel vor den Finanzdirector, in den übrigen Städten auf das Rathhaus, in Deutschland an die ordentliche Gerichtsstätte, d. h. des Orts, wo der Todte sein letztes Domicil gehabt hat. Der Termin zur

1) L. 2 § 4 D. 29. 3: Si dubitetur, utrum vivat, an decesserit is, cujus quis, quod ad causam testamenti pertinet, inspici describique postulat: dicendum est, Praetorem causa cognita statuere id debere, ut, si liquerit, eum vivere, non permittat, inspici tabulas et ut ipsam scripturam quis inspiciat et sigilla et quid aliud ex tabulis velit spectare.

Digitized by Google

Eröffnung soll binnen 3—5 Tagen gesetzt werden. Vorgeladen dazu werden die auf dem Couvert zu ersehenden Zeugen und die Intestaterben, soweit sie bekannt und am Orte anwesend sind[2]. Wie viele von diesen Personen erscheinen ist gleichgültig. Cit. l. 6 D. 29. 3. Im Termin wird das Testament zunächst den Zeugen vorgelegt, um ihre Siegel zu recognosciren[3] (recognoscere oder agnoscere). Nach erfolgter Recognition wird sodann das Testament eröffnet (aperire oder resignare) und verlesen (recitare)[4]. Heute heißt dies Publication. Bei den Römern war publicatio die ursprüngliche Erklärung des letzten Willens, den der Testator dem Gericht eröffnet (cf. § 27 Nr. I. A.).

Der Testator kann die Eröffnung einzelner Theile des Testaments, oder einzelner Codicille für einige Zeit verbieten[5]. Wenn die Pupillarsubstitution in einem besondren Testamente angeordnet ist, so bleibt diese beim Tode des Vaters in der Regel noch uneröffnet, bis der Pupill stirbt[6]. Die Behauptung, daß der Testator die Eröffnung seines ganzen Testaments auf Jahre verbieten könnte, ist gegen die Quellen und allgemeinen Principien. Beim Tode soll eine Beerbung eintreten[7].

---

2) Paul. Sent. VI. 6 § 3: Testamentum lex (Julia) statim post mortem aperiri voluit . . . Et ideo . . a praesentibus intra triduum vel quinque dies aperiundae sunt tabulae, ab absentibus quoque intra eos dies, cum supervenerint.

L. 2 § 7. 8 l. 3 D. 29. 3.

3) L. 4 D. 29. 3: Quum ab initio aperiendae sint tabulae, Praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire et sigilla sua recognoscere.

L. 5 D. eod.: vel negare, se signasse. Publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere.

4) L. 6 D. 29. 3: Sed si major pars signatorum fuerit inventa, poterit ipsis intervenientibus resignari testamentum et recitari.

5) Const. 3 Cod. 6. 32: Ejus, quod ad causam novissimi patris vestri judicii pertinet, de calumnia tibi juranti — praeter partem, quam aperiri defunctus vetuit, vel quae ad ignominiam alicujus pertinere dicitur — inspiciendi ac describendi praeter diem et consulem tibi rector provinciae facultatem fieri jubebit.

6) L. 8 D. 29. 3: Pupillares tabulas, etiamsi non fuerit superscriptum, ne aperirentur, attamen si seorsum eas signatas testator reliquerit, Praetor eas aperiri, nisi causa cognita, non patietur.

L. 9 D. eod.: Si mulier ventris nomine in possessione sit, aperiendae sunt secundae tabulae, ut sciatur, cui demandata sit curatio.

7) L. 2 pr. D. 29. 3: Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.

Cit. l. 5 D. eod.

Digitized by Google

Dann wird ein Protocoll aufgenommen über den Hergang und das Testament wird, mit dem öffentlichen Siegel verschlossen, zu den Acten der Behörde genommen[8]. Dabei kann indessen jeder Abschrift verlangen. Doch sollen wegbleiben injuriirende Stellen und das Datum, um zu verhüten, daß etwa ein neueres falsches Testament untergeschoben werde. Cit. const. 3 Cod. 6. 32. Sind im Termine keine Zeugen oder Interessenten erschienen, so soll das Testament den abwesenden Zeugen behufs Anerkennung der Siegel zugesendet werden. Ist die Zusendung unthunlich, so sind andre Männer optimae opinionis zuzuziehen und in ihrer Gegenwart das Testament zu erbrechen mit besondrer Schonung der Siegel, damit diese, namentlich von den abwesenden Zeugen, nachträglich noch recognoscirt werden können[9].

In der Kaiserzeit fiel der ursprüngliche Grund des Verfahrens allmälig weg[10]. Dasselbe ist aber beibehalten als eine löbliche Sitte, die namentlich Verfälschungen erschwert und mancherlei Mißbräuche verhütet.

Im heutigen gemeinen Recht ist die Nothwendigkeit gerichtlicher oder sonst öffentlicher Publication der Privattestamente im Allgemeinen nicht anerkannt. Nur dann soll sie allerdings Statt finden:

1. Wenn die Interessirten, namentlich die Intestaterben, sie beantragen.

2. Wenn der Testator dieselbe ausdrücklich vorgeschrieben hat.

B. Eröffnung öffentlicher Testamente und Codicille.

Nothwendig ist dagegen unbedingt die gerichtliche Eröffnung der Testamente, welche bei Gericht deponirt, oder aufgenommen sind, und zwar geht die heutige Uebung dahin, daß bei einem testamentum apud acta conditum das Protocoll (cf. § 27 Nr. III. A.) verlesen

---

8) Const. 23 Cod. 6. 23.

9) L. 7 D. 29. 3: Sed si quis ex signatoribus aberit, mitti debent tabulae testamenti, ubi ipse sit, uti agnoscat . . Nec ad rem pertinet, unus absit, an omnes. Et si forte omnibus absentibus causa aliqua aperire tabulas urgeat, debet Proconsul curare, ut intervenientibus optimae opinionis viris aperiantur, et, post descriptum et recognitum factum, ab iisdem, quibus intervenientibus apertae sunt, obsignentur, tunc deinde eo mittantur, ubi ipsi signatores sint, ad inspicienda sigilla.

10) Const. 3 Cod. 6. 33.

Digitized by Google

wird; und eben so bei einem testamentum judici oblatum gerichtliche Entsieglung und Verlesung Statt findet. Alles unter Aufnahme eines Protocolls über diesen Act.

Was von Testamenten gilt, gilt auch von Codicillen.

C. Im Allgemeinen.

Bei dieser Lehre ist jedoch auf die Particularrechte und auf die Gerichtsverfassungen der einzelnen Deutschen Länder zu verweisen. Die erforderlichen Bestimmungen darüber sind in denselben in ausgedehntem Maße enthalten. Die Materie gehört weniger dem Privatrecht an, als der Lehre von den administrativen Functionen der Gerichte.

II. An die Apertur schließt sich zunächst der Beweis der letztwilligen Anordnungen. Hier gelten ganz die allgemeinen Grundsätze von der Beweislast. Jeder, der Ansprüche auf eine letztwillige Verfügung stützt, hat das Vorhandensein derselben und die Echtheit der betr. Urkunde zu erweisen.

A. Liegt der letzte Wille in einer schriftlichen Urkunde vor, so ist mit der Eröffnung derselben noch nicht deren Echtheit erwiesen; nur ein testamentum publicum hat die Präsumtion der Echtheit für sich. Nur ein Gegenbeweis der Fälschung ist möglich.

Liegt ein schriftliches Privattestament vor, so ist die Regel die, daß die zugezogenen Testamentszeugen ihre Unterschriften und Siegel in der Eigenschaft als Beweiszeugen bezeugen. Wo möglich hat der Beweisführer sämmtliche Zeugen beizubringen. Ist dies jedoch nicht thunlich, weil der eine oder andre Zeuge verstorben oder der Aufenthalt desselben unbekannt ist, so schadet dies dem Testamente nicht, wenn nur zwei Zeugen vorhanden sind, welche ihre Siegel und Unterschriften recognosciren und als Beweiszeugen aussagen, auch der anderen Zeugen Siegel und Unterschriften seien echt. Wenn gar keine Zeugen mehr beizubringen sind, so ist der Beweis dennoch nicht unmöglich. Man hilft sich hier durch Handschriftenvergleichung: nach einer Bestimmung Justinian's[11]. Ueberhaupt ist jedes der ordentlichen fünf Beweismittel z. B. Eidesdelation auch hier zulässig.

---

11) Nov. 73 c. 7 pr.: Si vero moriantur omnes testes, aut forsan absint, aut aliter non facile sit, fidem ex testium subscriptionibus invenire... tunc competens est, properare quidem ad comparationes... per omnem autem subtilitatem procedere....

Digitized by Google

Ist die Testamentsurkunde nach des Erblassers Tode verloren, oder unterschlagen, so läßt sich durch eine vielleicht früher genommene Abschrift oder durch die Aussagen derer, die die Urkunde haben vorlesen hören, der Inhalt erweisen[12]. Ist sie durch Zufall oder Unterschlagung schon bei des Erblassers Leben verloren gegangen, so wird der Beweis zwar um so viel schwerer sein, da er sich auf Form und Inhalt zu erstrecken hat, jedoch noch nicht juristisch unmöglich. Und daher bleibt es demnach jedem unbenommen, auf das Testament gestützt, mit Ansprüchen hervorzutreten. Seine Kraft verliert durch das Abhandenkommen das Testament noch nicht[13].

B. Bei einem mündlich errichteten letzten Willen muß Form und Inhalt durch die zugezogenen Zeugen ermittelt werden. Sehr streitig ist hierbei, ob der Beweis des Inhaltes und Actes der Errichtung eines mündlichen Testaments durch zwei Zeugen zu führen oder ob die Vernehmung sämmtlicher Testamentszeugen nothwendig sei (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 218. Sintenis l. c. not. 8).

Die richtige Ansicht geht wohl dahin, daß zum Beweise eines mündlichen Testaments keineswegs die Aussage aller 7 Zeugen, die bei der Errichtung zuzuziehen waren, nöthig sei. Denn sonst würde ja durch den früheren Tod auch nur eines Zeugen ein solches Testament zusammenfallen. Vielmehr genügt es, wenn auch nur zwei von diesen Zeugen ein beschworenes gerichtliches Zeugniß dahin ablegen, daß der Erblasser vor 7 Zeugen erklärt habe, er wolle ein Testament errichten, und daß er das und das verfügt habe (cf. Savigny Syst. Bd. VI. S. 373 ff.).

Zur Erleichtrung des Beweises des Inhalts eines mündlichen Testaments dient es, wenn über das mündliche Testament eine Urkunde aufgenommen worden ist: testamentum nuncupativum in scriptu-

---

12) Const. 2 Cod. 6. 23: Publicati semel testamenti fides, quamvis ipsa materia, in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu, qui probatur, intercidit, nihilominus valet.

Const. 11 Cod. eod.: Non idcirco minus jure factum testamentum suas obtinet vires, quod post mortem testatoris subtractum probatur.

13) Cit. l. 1 § 3 D. 28. 4 (cf. § 49 Anm. 13. Arndts im Rtsl. l. c. S. 218).

L. 10 § 2 D. 29. 3: Si tabulae non compareant, vel exustae sint, futurum est, ut subveniri legatariis debeat; idem est, si suppressae vel occultae sint.

Digitized by Google

ram redactum. Diese kann, ähnlich einer Abschrift des schriftlichen Testaments, aushülfsweise zum Beweise benutzt werden (cf. § 26 i. f.).

C. Nur dem Beklagten liegt ob (als Gegenbeweis) der Beweis innerer, nicht von selbst ersichtlicher Mängel der Testamentserrichtung, z. B. der Unfähigkeit des Testators oder eines Zeugen, der Uebergehung von Notherben, sowie der Beweis später eingetretener Ungültigkeit des Testaments, z. B. durch Errichtung eines späteren[14]. Dem Kläger liegt nur ob, die äußre Gültigkeit des Testaments zu beweisen, z. B. eine Testamentsurkunde mit sieben Unterschriften und Siegeln zu produciren und darzuthun, daß sie wirklich von dem darin genannten Testator herrühre.

III. Exhibition der Testamente.

Im Römischen Recht sieht man ein Testament nicht als bloße Privaturkunde an, weil sich so viele Interessen dran knüpfen. Daher hat jeder, der ein Interesse wahrscheinlich machen kann, ein Recht, die Vorlegung des Testaments zu verlangen. Nennt derjenige, welcher angeblich die Urkunde in Händen haben soll und von dem eben deshalb die Vorlegung derselben gefordert wird, dies ein, so wird er brevi manu zur Exhibition derselben angehalten; nur daß ihm auf Verlangen eine billige Frist gestattet wird. Stellt er dagegen den Besitz der Urkunde in Abrede, so findet gegen ihn eine eigenthümliche Klage Statt, das interdictum de tabulis exhibendis, welches perpetuum ist und activ vererblich. Es kommt hierbei nicht auf strengen Beweis an. Wahrscheinliche Momente genügen bei der Angabe. Der Sicherheit wegen muß Kläger das jusjurandum calumniae leisten. Beklagter ist jeder, der facultatem exhibendi hat. Gegen den, qui dolo desiit possidere, geht die Klage auf das Interesse. Bei dessen Beweis ist das jusjurandum in litem zulässig[15]. Wegen einzelner Bestimmungen,

---

14) Const. 11 Cod. 4. 19: Si, scriptum heredem ab amita tua vel testamenti vitio vel quacunque alia ratione non posse obtinere hereditatem, probari a te posse, confidis: de hac hereditate apud rectorem provinciae agere potes.

Const. 5 Cod. 6. 36.

15) L. 1 pr. D. 43. 5: Praetor ait: „Quas tamen tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te sunt, aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse: ita eas illi exhibeas. Item si libellus aliudve quid relictum esse dicetur, decreto comprehendam". § 1. Si quis forte confiteatur, penes se

Digitized by Google

z. B. über die Verurtheilung in das Interesse bei bedingten Legaten verweise ich auf die in der Note citirten Gesetzesstellen.

Auch die Exhibition ist heute meist durch Landrechte und Gerichtsordnungen geregelt (cf. Glück Bd. 7 l. c.).

---

esse testamentum, jubendus est exhibere et tempus ei dandum est, ut exhibeat, si non potest in praesentia exhibere. Sed si neget, se exhibere posse, vel oportere, interdictum hoc competit. § 2. Hoc interdictum . . et ad codicillos pertinet. § 3. Sive autem valet testamentum, sive non . . sive ruptum sit . . dicendum est, interdictum valere.

Const. 1 Cod. 8. 7: Si in potestate patris fuerunt impuberes filii et vos eis estis substituti, atque ita ad vos, intra pubertatem illis decedentibus, coepit hereditas pertinere: de exhibendis testamenti tabulis interdicto uti potestis.

L. 2 § 8 D. 29. 3: Si quis, non negans, apud se tabulas esse, non patiatur inspici et describi, omnimodo ad hoc compelletur. Si tamen neget, penes se tabulas esse, dicendum est, ad interdictum remitti, quod est de tabulis exhibendis.

L. 3 § 2 D. 43. 5: Si tabulae testamenti apud aliquem depositae sunt a Titio, hoc interdicto agendum est cum eo, qui detinet et cum eo qui deposuit. § 3. Proinde et si custodiam tabularum aedituus vel tabularius suscepit, dicendum est, teneri eum interdicto. § 6. Si quis dolo malo fecerit, quominus penes eum tabulae essent, nihilominus hoc interdicto tenebitur . . . et posse aliquem dolo malo facere, ut in eam legem non incidat, utputa . . si non supprimendi animo vel consilio fecit, sed ne huic exhiberet.

L. 3 § 10 D. 43. 5: Solent autem exhiberi tabulas desiderare omnes omnino, qui quid in testamento adscriptum habent.

L. 3 § 11 D. eod.: Condemnatio autem hujus judicii quanti interfuit aestimari debet. § 12. Quare si heres scriptus hoc interdicto experiatur, ad hereditatem referenda est aestimatio. § 13. Et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato. § 14. Et si sub conditione legatum sit: quasi . . conditione existente . . aestimandum est; nec compelli debebit ad cavendum, ut se restituturum caveat, quidquid consecutus est, si conditio defecerit, quia poena contumaciae praestatur ab eo, qui non exhibet. § 16. Interdictum hoc et post annum competere constat. § 17. Sed et heredi ceterisque successoribus competit.

L. 5 D. eod.: De tabulis proferendis interdictum competere non oportet, si hereditatis controversia ex his pendet, aut si ad publicam quaestionem pertinet. Itaque in aede sacra interim deponendae sunt aut apud virum idoneum.

Digitized by Google

§ 51.

IX. Von Testamentsexecutoren.

Leyser, Sp. 374. Med. 10. 11. Lauterbach, De execut. volunt. ult., in diss. acad. Tom. II. Nr. 79. Rosthirt in s. Zeitschr. I. S. 217 ff. Beseler in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. IX. S. 144 ff. Scholz, Über Testaments-Vollzieher. Altenburg 1841. Derselbe in der Gießner Zeitschr. Bd. XX. S. 126 ff. Seufferts Archiv III. Nr. 73. VI. Nr. 226. 227. IX. Nr. 188. X. Nr. 271. Strippelmann, Entschdg. d. O. A. G. zu Cassel. Bd. V. S. 287 ff. Mühlenbruch-Glück Bd. 43. S. 390—448. Holzschuher S. 701—706. Sintenis § 182. Vering S. 826—828. Heimbach im Rtsl. Bd. 10. S. 1011—1047 (cf. die zu § 50 cit. Schriftsteller).

Der Testator kann, um für die gehörige Ausführung seiner letztwilligen Anordnungen zu sorgen, jemanden zum Vollzieher seines Testaments bestellen (executor testamentarius). Man unterscheidet generales und speciales. Letztre sind die, denen nur die Vollziehung einzelner Dispositionen übertragen ist, z. B. die Auszahlung von Vermächtnissen an Auswärtige. Solcher Testamentsvollzieher gilt nach Römischem Recht wie ein Mandatar des Testators (Procurator). Der Inhalt des Mandats ist die Ausführung des Angeordneten. Der Zeitpunct des Mandats bestimmt sich erst durch den Tod. Das Testament ist die Instruction. Er haftet für omnis culpa und hat Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen.

So weit ist das Verhältniß unbestritten. Nur ist zweifelhaft, was alles in dem Worte „Execution" liegt. Die herrschende und richtige Ansicht rechnet dahin: Der Executor muß den Nachlaß inventarisiren, dem Honorirten von der geschehenen Honorirung Nachricht geben, die Auslieferung des Vermögens an die Erben entweder vollziehen oder überwachen, die Auszahlung der Vermächtnisse und die Erfüllung eines etwaigen modus betreiben und event. gerichtlich erzwingen. Der executor wird auch custos et observator genannt. Dagegen hat der Executor im Zweifel keine Vermögensadministration. Das Recht der Schlichtungen von Erbschaftsstreitigkeiten hat er nur, wenn dies vom Testator ausdrücklich angeordnet ist. Mit der Beendigung des übernommenen Geschäfts oder dem Tode des Executors erlischt die Testamentsvollstreckung wie ein Mandat. Besondre Beendigungsgründe kann der Testator auch autonomisch festgestellt haben. Dies die Römische Lehre.

Im Mittelalter erhielt die Lehre namentlich in Deutschland eine viel größere Wichtigkeit, weil das alte germanische Recht keine Universalsuccession kannte und in den meisten Ländern germanischen Rechts

Digitized by Google

die Testamente lange Zeit hindurch unbekannt waren. Doch ward es dort möglich, mittelst einer eigenthümlichen Form durch gewisse Mittelspersonen (Salmannen) letztwillige Vergabungen zu vermitteln. Diese Personen nannte man auch wohl executores ultimae voluntatis, Treuwärter, manufideles, testamentarii etc. Auf diesem Wege erreichte man factisch den Zweck der Universalsuccession. In England ist das ganze Erbrecht auf dieser Stufe stehen geblieben. Dort wird der Testamentserbe Executor genannt. In Deutschland fielen diese manufideles weg, als das römische Recht eindrang. Die Universalsuccession befriedigte schon diese Zwecke und hiermit traten auch die einfachen Executoren des Römischen Rechts ein. Dennoch haben sich Reste der ältren Auffassung erhalten: erweiterte Befugnisse des Executors, namentlich auch Verwaltungsrecht.

In diesem erweiterten und bedeutungsvollen Sinne unterschied nun das Deutsche Recht, indem es sich mit großer Mühe dabei auf die Römischen Quellen zu stützen suchte, die Begriffe eines executor legitimus, d. i. der Bischof des Orts als berufener Verwalter einer Erbmasse für eine milde Stiftung[1] (cf. § 22 Nr. A. 4), eines testamentarius[2], d. i. der vom Testator selbst im Testament Ernannte, conventionalis, d. i. der durch Vertrag der Betheiligten Bestellte, und eines dativus, d. i. der auf Antrag der Interessenten von Gerichtswegen angeordnete Testamentsvollzieher[3]. Die Begriffe des legitimus und die beiden letzten gehen jedoch aus den Quellen in Wahrheit nicht hervor. Auch ist seit Einführung der Römischen Universalsuccession der Boden für sie weggefallen (cf. Beseler l. c. und Germanicum).

---

1) Const. 19. 24. 28. 49 Cod. 1. 3 Nov. 131 cap. 11. 12.

2) L. 14 § 2 D. 11. 7: Si cui funeris sui curam testator mandaverit . . .

L. 12 § 4 D. eod.: Funus . . eum facere oportet, quem testator elegit. Sed si non fecit, nullam esse hujus rei poenam: nisi aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est. Tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur.

L. 88 § 1 D. de leg. II.

3) L. 7 D. 34. 2: Ubi auctoritas sola testatoris est: nec omnino spernenda, nec omnimodo observanda est. Interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.

L. 3 D. 34. 1.

Digitized by Google

Der Römische Begriff drückt sich im Hauptpuncte am einfachsten so aus: Der Testamentsexecutor vermittelt den todten juristischen Begriff der Delation der Erbschaft an den Instituirten durch eine lebendige Mittelsperson. Er ist der Deferent der Erbschaft. Er ist Stellvertreter des Testators zu dem Zweck, um dem Instituirten die Erbschaft zu offeriren, und demgemäß auch den factischen Uebergang der Erbschaft auf den Instituirten zu vermitteln.

Viertes Capitel.

Erwerbung der Erbschaft.

Inst. de heredum qualitate et differentia (2. 19). Dig. de acquirenda vel omittenda hereditate (29. 2). Cod. de jure deliberandi et de acquirenda vel omittenda hereditate (6. 30). Finestres de acquir. vel omitt. heredit. in Prael. Cervar. p. 226—489. Döring, Die Lehre von der Erwerbung der Erbschaft nach heut. röm. Recht. Zerbst 1839. Mühlenbruch-Glück Bd. 42 S. 289 ff. Arndts im Rtsl. Art. Erbschaft Bd. 4 S. 7 ff.

I. Art und Weise.

§ 52.

A. Erwerb durch Antretung.

Scipio Gentilis, De scientia heredum in opusc. tom. I. p. 65 sq. Leist observ. ad fr. 76 § 1 D. 29. 2. Jenae 1843. Buchholtz jurist. Abhdlg. S. 35 ff. Fuchs im civil. Archiv Bd. XXXIX Nr. 10. Bruns in d. Jahrb. d. gem. Rs. Bd. II. S. 168 ff. S. 193 ff. Bopp, Der Verschollene als Erbe in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. 17 S. 353 ff. Leist, B. P. Bd. II. S. 308 ff. Mayer Erbr. Bd. I. S. 340 ff. Seuffert's Archiv Bd. I. Nr. 160. II. Nr. 258. V. Nr. 31. VII. Nr. 356. IX. Nr. 254. 310. Arndts § 506—509. § 517. Puchta § 496—497. Brinz § 199. Sintenis § 183. Holzschuher S. 802—809. Böcking Erbr. III. B. § 87—89. Mühlenbruch-Glück Bd. 42 S. 397—471. Bd. 43 S. 150—154. Göschen § 934. Müller S. 827—833. Vangerow § 498. Keller § 530. Bering S. 483—498. Arndts im Rtsl. Bd. 4. S. 7—17.

Außer dem allgemeinen Erforderniß der Successionsfähigkeit (cf. § 7) und der Delation der Erbschaft setzt der Erwerb durch Antretung voraus:

I. Fähigkeit zur Antretungshandlung.

Die Erben stehen entweder, unmittelbar vor dem Tode des Erblassers, in dessen häuslicher Gewalt, potestas domestica, sei es patria, sei es dominica, oder nicht. D. h. sie sind entweder seine Hauskinder bez. Sclaven, oder nicht. Ersteren Falls heißen sie heredes domestici und sind als solche heredes necessarii. Sie heißen

Digitized by Google

sui oder auch sui et necessarii, wenn sie in seiner väterlichen Gewalt stehen. Sind sie seine Sclaven, so heißen sie necessarii. Sind sie weder seine Hauskinder, noch seine Sclaven, so heißen sie heredes extranei (cf. § 55 Anm. 1).

Die heredes extranei nun können nicht anders erwerben, als durch Antretung.

Dem heres extraneus wird die Erbschaft nicht aufgedrungen, d. h. es ist sein freier Wille, ob er sie annehmen will oder nicht. Jeder heres extraneus ist heres voluntarius[1]. Die Erklärung des Willens, Erbe zu sein, heißt Antretung der Erbschaft, hereditatis aditio im weitren Sinne.

Durch die Annahme einer Erbschaft übernimmt der heres voluntarius quasi ex contractu auch Verpflichtungen. Er erbt auch die Schulden des Erblassers und muß die ausgesetzten Vermächtnisse zahlen (s. unten). Zur Antretung wird daher die Fähigkeit erfordert, sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten.

A. Daher sind Geisteskranke und Infantes von der Antretung ausgeschlossen[2].

B. Unmündige, Minderjährige, die nicht mehr infantes sind, und prodigi können nur mit Zustimmung des Vormunds antreten[3].

---

1) Gaj. II. § 162: Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda.

L. 12 D. 28. 7 (cf. § 55 Anm. 8).

2) L. 63 D. 29. 2: Furiosus acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest . . . .

L. 9 D. eod.: Pupillus, si fari possit, licet hujus aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat, quamvis non videatur scire: hujusmodi aetatis puer . . tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest.

3) Cit. l. 9 D. 29. 2. L. 8 pr. D. eod.: More nostrae civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt, hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. De ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt hujusmodi personae quasi necessariae.

L. 49 D. eod.: Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait.

Const. 18 § 4 Cod. 6. 30: . . . Pupillus post impletos septem annos suae aetatis ipse adire hereditatem . . . consentiente patre, si sub ejus potestate sit, vel cum tutoris auctoritate, si sui juris sit, poterit.

L. 5 § 1 D. eod.: Eum, cui lege bonis interdicitur . . posse adire hereditatem (sc. tutore auctore, constat.

Digitized by Google

C. Jeder Delat tritt ursprünglich selbst an. Auch ein homo alieni juris tritt nach dem Pandectenrecht nur selbst an, aber mit Zustimmung (jussu) des Vaters. Nach altem Recht ward die Erbschaft dadurch gradezu dem Vater erworben[4]. Theodosius II. und Justinian änderten dies: für einen infans tritt der Vater an und die Erbschaft gehört dem Kinde (cf. unten Nr. III. A. β.). Stirbt das Kind nach der Delation, ehe der Vater für das Kind antrat, so kann er sie noch für sich antreten[5] (cf. § 57 Nr. A.). Ein Hauskind infantia major soll selbst antreten mit Einwilligung des Vaters, und dann wird die Erbschaft peculium adventitium ordinarium. Versagt er die Einwilligung, so kann das Hauskind ohne Consens antreten, die Erbschaft wird sein peculium adventitium extraordinarium und der Vater hat daran weder Administration noch Nießbrauch. Weigert der Sohn sich, die Erbschaft anzutreten, so kann der Vater dieselbe für sich antreten[6]. Wird dem Hauskinde eine Erbschaft deferirt, die zu seinen bona castrensia vel quasi gehört, so kann es diese, wie ein paterfamilias selbstständig für sich an-

---

4) Gaj. II. § 87: ... et ideo si heres institutus sit, nisi nostro jussu hereditatem adire non potest. Et si jubentibus nobis adierit, hereditatem nobis acquirit, proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus.

L. 6 pr. D. 29. 2: Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum, in cujus est potestate.

L. 25 § 4—15 D. eod.

5) Const. 18 pr. Cod. 6. 30: (Theodos. II. et Valentin. III.) Si infanti hereditas sit . . delata . . . licebit parentibus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem. § 1. Sed si hoc parens neglexerit et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem . . . omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta, jure patrio, quasi iam infanti quaesita, capere.

6) Const. 8 pr. Cod. 6. 61: (Justinianus) Sancimus . . . liberam habere licentiam et patrem ipsum, sibi adire hereditatem, recusante filio; . . . sive ex contrario patre recusante, filius hereditatem voluerit, nullam acquisitionem nec usumfructum patri offerri. § 1. Sin autem in secunda aetate adhuc filius est, et, hereditate ei delata, pater consentire adeunti hereditatem noluerit, vel, patre volente, ipse reclamaverit, si quidem recusaverit filius: licentiam damus patri . . . hereditatem adire et eam pleno jure habere . . . Sin autem, patre recusante, filius adire maluerit, damus licentiam ei, hoc facere. Nolente autem patre res filii gubernare, propter causae necessitatem habeat facultatem filius, adire judicem et ex eo petere, curatorem hereditati dari.

Digitized by Google

treten[7]. Schlägt es dieselbe aus, so kann der Vater für sich antreten[8].

Der Hauptsatz unter diesen Bestimmungen ist: Das Hauskind, das älter als 7jährig ist, kann unter Präterition des Vaters nicht gültig antreten. Ohne dessen Zustimmung kann es erst gültig antreten, nachdem derselbe die Zustimmung versagt hat.

II. Willensbestimmung.

Zur Erbantretung gehört certitudo consilii.

A. Der Antretende muß vor Allem von der Delation, also namentlich dem Tode des Erblassers, unterrichtet sein, und zwar davon, ob sie durch Testament oder Gesetz erfolgte, und in jenem Falle, ob er pro parte vel ex asse, ex institutione vel ex substitutione berufen ist[9]. An eine annehmende Erklärung, welche er vor der Delation abgab, ist der unbedingt Instituirte nicht gebunden. Der bedingt Instituirte ist an sie gebunden, wenn er sie als eventuelle abgab. Ursprünglich ist dies zwar nur für die gerichtliche agnitio der

---

7) L. 5 D. 49. 17: Miles filiusfamilias a commilitone . . heres institutus, et citra jussum patris suo arbitrio recte pro herede geret.

8) Const. 8 § 2 Cod. 6. 61: Similique modo et in milite filiofamilias, qui recusaverit aditionem hereditatis, quae ei ex castrensibus occasionibus perveniet, patri danda licentia, adire hereditatem, ut ad ipsum perveniat pleno jure.

9) L. 13 § 1 D. 29. 2: Si quis dubitet, vivat testator necne, repudiando nihil agit.

L. 19 D. eod.: Qui hereditatem adire . . volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem.

L. 32 pr. D. eod.: Heres institutus, si putet, testatorem vivere, quamvis jam defunctus sit, adire hereditatem non potest.

L. 22 D. eod.: . . . Ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat.

L. 17 § 1 D. eod.: Heres institutus, idemque legitimus, si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem. Sed si quasi legitimus repudiavit: si quidem scit, se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse: si ignorat, ad neutrum ei repudiatio (sc. legitimae successionis) nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerat delata.

L. 93 pr. D. 29. 2: Pater, quoties filio mandat adire, certus esse debet, an pro parte an ex asse, et an ex institutione an ex substitutione et an testamento an ab intestato filius . . heres existat.

Digitized by Google

B. P. bestimmt[10]. Allein mit dem heutigen Wegfall der formellen agnitio B. Pionis (cf. Nr. III. A. cf. § 3 Nr. E. 3) ist jene Bestimmung von jeder formlosen hereditatis aditio zu verstehen (cf. Sintenis l. c. not. 18).

B. Der Antretende muß übrigens auch wissen, ob er bedingt oder unbedingt eingesetzt, und ob die Bedingung eingetreten, schwebend oder ausgefallen ist[11]. Der pure Eingesetzte jedoch, welcher vermeint, unter Bedingung eingesetzt zu sein, tritt wirksam an, sobald die vermeintliche Bedingung erfüllt ist[12]. Der umgekehrte Fall muß wohl ebenso, d. i. zu meinen Gunsten entschieden werden, wenn ich glaube, pure instituirt zu sein, in der That aber unter einer Bedingung eingesetzt bin, die aber zur Zeit meiner Antretung bereits erfüllt ist. Bei bedingter Einsetzung muß der Eingesetzte auch die Erfüllung der Bedingung erfahren haben[13]. Wie übrigens hiermit der Ausspruch von Ulpian in l. 21 § 3 D. h. t.[14] zu vereinigen ist, ist ausnehmend bestritten (cf. Vangerow S. 395. Mühlenbruch-Glück Bd. 42 S. 422 ff.).

---

10) Const. 9 Cod. 6. 9: .. ut etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilominus tamen efficaciam parem . . . consequatur.

11) L. 32 § 1 D. 29. 2: Sed et si scit, se heredem institutum, sed utrum pure, an sub conditione, ignoret: non poterit adire hereditatem, licet pure heres institutus sit, et sub conditione, licet paruerit conditioni.

12) L. 34 § 1 D. 29. 2: . . . Si (sc. Titius), quum esset pure institutus, putavit sub conditione, et, impleta conditione, quam injectam putavit, adiit: an possit acquirere hereditatem? Consequens est, dicere, posse eum adire.

13) L. 21 D. 35. 1: Hujus modi conditiones: „Si navis ex Asia venerit" . . quamvis impletae essent, impedient heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoret eas impletas esse.

14) L. 21 § 3 D. 29. 2: Si quis partem, ex qua institutus est, ignoravit, . . . scribit, nihil ei nocere, quominus pro herede gereret. Quod et Cassius probat, si conditionem, sub qua heres institutus est, non ignorat, si tamen extitit conditio, sub qua substitutus (Hal. institutus) est. Quid tamen si ignorat, conditionem extitisse? Puto posse adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis, cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit. (Cujacius emendirt: „si conditionem, sub qua heres institutus est, ignorat . . puto non posse adire" etc. „Aber die Stelle entscheidet nicht verschiedene Fälle, sondern führt nur in ihrem Verlauf den an den Eingang gestellten Satz weiter aus." cf. Puchta § 497 not. a.

Digitized by Google

C. Die Größe seines Erbtheils braucht der Antretende nicht zu kennen[15]. Nur dann ist seine Antretung unwirksam, wenn er aus Irrthum ausdrücklich zu einem geringeren Theile antritt, als zu welchem die Erbschaft ihm deferirt ist[16].

D. Die Antretung ist unwirksam, wenn der ex testamento Antretende nicht weiß, ob der Erblasser als homo sui juris testirte, ob also das Testament gültig errichtet sei[17].

E. Auch der Irrthum über meine Eigenschaft als necessarius oder voluntarius heres hindert die Wirksamkeit meiner Antretung[18]. Wenn dagegen der Delat fähig zum Erbantritt ist, so hindert seine Ungewißheit über diese Fähigkeit, z. B. ob er sui juris, mündig sei, seinen Antritt nicht[19].

F. Wenn Irrthum, Betrug, Zwang vorkommen, so entscheiden die allgemeinen Grundsätze über den Einfluß jener Mängel einer Willensbestimmung.

1. Kommt ein Zwang (vis oder metus) beim Erwerbe der Erbschaft vor, so ist die Antretung an sich gültig. Man hat die Erbschaft angenommen, muß sie also auch mit allen Schulden behaften. Allein hier findet eine in integrum restitutio propter metum Statt,

---

15) Cit. l. 21 § 3 D. 29. 2 (cf. Anm. 14).

16) L. 75 D. 29. 2: Ex semisse Titius heres scriptus est. Quadrantis B. Pionem per errorem petiit. Quaero, an nihil actum sit, an vero omnia servanda sint, ac si quadrans nominatus non sit? Respondit, magis nihil actum esse: quemadmodum quum ex semisse scriptus heres, ex quadrante per errorem adiit hereditatem.

17) L. 32 § 2 D. h. t.: Sed et si de conditione testatoris incertus sit, paterfamilias an filiusfamilias sit: non poterit adire hereditatem.

18) L. 15 D. h. t.: Qui putat se necessarium, quum sit voluntarius, non poterit repudiare . . .

L. 16 D. eod.: . . Qui se putat necessarium, voluntarius existere non potest.

19) L. 34 pr. D. 29. 2: Sed et si de sua conditione quis dubitet, an filiusfamilias sit, posse eum acquirere hereditatem. . . . Cur autem, si suam ignoret conditionem adire potest, si testatoris non potest? Illa ratio est, quod qui conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum, dubitat, qui de sua, de testamento certus est.

L. 96 D. eod.: Qui, se pupillum falso existimans, quum esset pubes, pro herede gessit: quominus heres existat, nihil error talis ei nocebit.

Digitized by Google

oder der Gezwungene kann auch die actio quod metus causa anstellen[20].

2. Den Betrug betr., so ist die Antretung gültig, aber der Erbe kann gegen den Betrüger sich der actio oder exceptio doli bedienen[21]. Eine restitutio in integrum ist hier unzulässig.

3. Wegen eines bloßen Irrthums, z. B. weil man eine Erbschaft, die ganz überschuldet ist, für reich hält, kann man sich nicht restituiren lassen. Irrthum ist kein allgemeiner Restitutionsgrund. Auch hätte sich ein solcher Erbe durch das beneficium inventarii schützen können und sollen (cf. § 60).

III. Willenserklärung.

A. Der Erbschaftsantritt geschieht durch jede irgendwie ausgesprochene Erklärung, sei es eine ausdrückliche (hereditatis aditio im engeren Sinne, cf. unten Nr. 1.), oder durch concludente Handlungen (pro herede gestio, cf. unten Nr. 2.). Einer besondren Form bedarf der Erbschaftsantritt nicht.

Nur kraft besondrer testamentarischer Anordnung kann sie dem Eingesetzten zur Bedingung gemacht werden. So war zur Zeit der Pandectenjuristen namentlich die Anordnung einer besondren Form der Antretung gebräuchlich unter dem Namen „cretio"; heres cum cretione institutus. Der so Eingesetzte mußte innerhalb einer bestimmten Zeitfrist vor Zeugen mündlich erklären: quod me (Titius) heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque". Die Zeitfrist war hergebracht. Sie enthielt eine bestimmte Anzahl von dies utiles; cretio vulgaris. Aber auch ein bestimmtes tempus continuum ward ohne Zweifel wohl angeordnet; cretio continua. Hinzugefügt ward die ausdrückliche Androhung: „ni creverit, exheres esto"; cretio perfecta (cf. Gaj. II. § 164—166. 168. 170—178. Ulp. fr. XXII. § 27—34. Müller S. 828—829.

---

20) L. 21 § 5 D. 4. 2: Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui. Sed per Praetorem restituendus sum.

L. 85 D. eod.

21) L. 40 D. 4. 3: Is, qui decepit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur: nisi fortasse ipse creditor erat et solus erat. Tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio.

Digitized by Google

Auch nach prätorischem Recht konnte der B. Por die Erbschaft nur durch eine formelle Erklärung erwerben, durch eine Erklärung vor dem magistratus, Bitte um Ertheilung der B. P., innerhalb bestimmter Frist; agnitio B. Pionis. Von einer solchen Agnition weiß das Gewohnheitsrecht in Deutschland nichts mehr (cf. § 3. Nr. E. 3.).

Bei dem in der Kaiserzeit hervortretenden Widerwillen gegen alle beengenden Rechtsformen sehen wir die cretio veralten: „cretionum scrupulosam solennitatem hac lege penitus amputari decernimus" const. 17 Cod. 6. 30. Dennoch ist es auch nach heutigem Recht dem Testator keineswegs verwehrt, die Antretung innerhalb bestimmter Frist und unter besondrer Form zur Bedingung der Erbeinsetzung zu machen[22].

Abgesehn von diesem Falle ist nach Justinianischem Recht jede formlose Antrittshandlung genügend „sola animi destinatio", d. i. die erklärte, an den Tag gelegte. Const. 6 Cod. h. t. „Quomodo velit, quomodo possit" kann man hier sagen, wie beim Soldatentestament vom Testator. Die Antretung kann nun sein entweder die hereditatis aditio im engeren Sinne, oder die pro herede gestio[23].

1. Die hereditatis aditio im engeren Sinne ist die ausdrückliche mündliche oder schriftliche Erklärung des Erben an Miterben oder nachstehende Berufene, Erbschaftsgläubiger, Erbschaftsschuldner oder Vermächtnißnehmer, daß er die Erbschaft annehmen wolle, die durch Worte ausdrücklich erklärte nuda voluntas suscipiendae hereditatis[24].

2. Die pro herede gestio ist die Antretung durch concludente Handlungen, durch welche die Absicht, Erbe sein zu wollen, stillschweigend (d. i. ohne Worte) an den Tag gelegt wird. Ulpian sagt: „Pro herede gerit, qui rebus hereditariis

22) L. 72 D. 29. 2 (cf. § 53 Anm. 3).

23) L. 69 D. 29. 2: . . intra diem praestitutum neque adire hereditatem potest, neque pro herede gerere.

24) Gaj. II. § 167: . . . aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate . . .

§ 7 I. 2. 19: . . aut pro herede gerendo aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri.

Const. 19. 22 § 14 Cod. 6. 30 (cf. § 62).

Digitized by Google

tanquam dominus utitur, velut, qui auctionem rerum hereditariarum facit, aut servis hereditariis cibaria dat"[25].

Es müssen Handlungen sein, die eine andere Auslegung nicht zulassen, unzweideutige, wie Forderungen einziehen, Capitalien ausleihen, Grundstücke bestellen, kurz durchgreifende Verwaltungsacte. Bei irgend zweifelhaften Handlungen wird eine Antretung nicht angenommen, damit man nicht wider seinen Willen an insolventen Erbschaften hängen bleibe. Wer z. B. einen verstorbenen Verwandten beerdigen läßt, hat damit dessen Erbschaft noch nicht angenommen, wiewohl die Beerdigung Pflicht des Erben ist[26]. Wenn der Vater einige Schulden des Sohnes bezahlt hat, so hat er sich damit noch nicht zu dessen Erben erklärt. In anderen Fällen kann in der Schuldenbezahlung wohl eine pro herede gestio gesehen werden, wenn der Delat z. B. grade zu seinem Erbtheil die Schulden bezahlt, oder nachdem er als Erbe in Anspruch genommen ist[27].

Es kommt nur auf den wahren Willen an[28]. An sich concludente Handlungen wirken darum nicht als pro herede gestio, wenn der Handelnde bei Vornahme derselben sich gegen eine solche Auslegung verwahrt. Wegen Vornahme solcher Handlungen kann er natürlich möglicherweise dem künftigen wirklichen Erben verantwortlich sein[29] (cf. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 10).

---

25) § 7 I. 2. 19: . . . Pro herede gerere quis videtur, si rebus hereditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias . . et quoquo modo si voluntatem suam declaret vel re vel verbis de adeunda hereditate . . . Eum, qui mutus vel surdus . . est, nihil prohibet pro herede gerere et acquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit, quod agitur.

L. 20 pr. D. 29. 2: . . pro herede autem gerere non esse facti, quam animi . . . .

26) L. 20 § 1 D. 29. 2: . . non animo heredis se gerere, quae gerunt, sed aut pietatis aut custodiae causa aut pro suo; utputa patrem sepelivit vel justa ei fecit. Si animo heredis pro herede gessit: enimvero si pietatis causa hoc fecit, non videtur pro herede gessisse.

L. 4 D. 11. 17: Scriptus heres . . mortuum inferendo locum facit religiosum; nec quis putet, hoc ipso pro herede eum gerere.

27) Const. 2 Cod. 6. 30: Quum debitum paternum te exsolvisse allegas pro portione hereditaria: agnovisse te hereditatem defuncti, non ambigitur.

28) L. 2 D. 1. 19: . . . Heredis . . . instituti in adeundis vel repudiandis hereditatibus voluntas exploranda est.

29) L. 20 § 1 D. 29. 2 cf. Const. 4 Cod. 6. 15.

Digitized by Google

Wegen der höchstpersönlichen Natur des zu erwerbenden Rechts gestattet die Erbschaftsantretung — mit Ausnahme der unten sub Nr. αα. und ββ. bezeichneten Fälle — nicht eine Vermittlung durch Stellvertreter, z. B. durch Vormünder, Curatoren, Mandatare[30]. Der Delat muß in eigner Person antreten; nur sein eigner Wille erwirbt ihm die Erbschaft. Zwar kann der Delat einem Andren den besondren Auftrag ertheilen, in seinem Namen durch Wort oder That die Annahme der Erbschaft zu erkennen zu geben. Allein hier tritt der Delat selbst die Erbschaft an, indem er durch den Stellvertreter seinen eigenen Willen, dieselbe anzunehmen, kund giebt.

Die agnitio B. Pionis, welche zugleich eine pro herede gestio enthält[31], konnte durch einen Beauftragten geschehen. Selbst die ohne Auftrag von einem negotiorum gestor vorgenommene konnte durch Genehmigung des Delaten, nicht jedoch auch seiner Erben, wirksam werden[32].

Daher behaupten Manche schon für das Justinianische, und ebenso für das heutige Recht allgemein die Möglichkeit des Erbschaftserwerbs durch Stellvertreter (cf. Leist B. P. Bd. II. S. 308 ff. Sintenis § 183 not. 28). Es wird jedoch zugegeben:

a. daß der Wille der Erbantretung auch durch einen Auftrag zur Erklärung derselben sich kund geben könne (cf. Arndts im Rtsl. Bd. IV. S. 17);

b. daß die Kenntniß von der Delation und der Wille der Erbantretung beim Delaten selbst vorausgesetzt werde (cf. Leist S. 311).

30) L. 90 pr. D. h. t.: Paulus respondit: per curatorem (nach Haloander per procuratorem) hereditatem acquiri non posse.

L. 54 pr. D. 41. 1: Homo liber hereditatem nobis acquirere non potest.

Const. 5 Cod. 6. 30: Potuit pupillus pro herede tutore auctore gerendo consequi successionem. Sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere.

31) Const. 12 Cod. 6. 30: . . agnoscentem B. Pionem pro herede gerere non ambigitur.

32) L. 3 § 7 D. 37. 1: . . Acquirere quis B. Pionem potest vel per semet ipsum vel per alium. Quodsi me non mandante B. P. mihi petita est, tunc competet, quum ratum habuero id, quod actum.

L. 15. 16 D. eod.

L. 86 pr. D. 29. 2: Pannonius Avitus . . . heres institutus . . vita decesserat . . B. Pionem, quam procurator ejus (sc. ohne Auftrag) petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant.

Digitized by Google

Das practische Interesse des Meinungsstreits beschränkt sich demnach auf 2 Fragen:

α. ob der Auftrag zur Erklärung der Erbantretung immer diese Antretung selbst schon enthalte und enthalten müsse? Dies ist zu verneinen. Der Auftrag zur Abgabe dieser Erklärung ist widerruflich, wie jeder andre Auftrag und wie eine durch einen Boten abgesandte briefliche Erklärung bis zur Abgabe noch zurückgenommen werden kann;

β. ob die Erklärung der Erbantretung durch den Bevollmächtigten auch bei bedingtem Auftrag wirksam sei? namentlich bei der Bedingung, wenn der Bevollmächtigte nach genommener Einsicht die Erbschaft annehmbar finde. Dies ist zu bejahen, wenigstens nach längst anerkannter Praxis, aber wohl auch schon nach Römischem Recht[33] und nach der Natur der Sache. Denn die nach Eintritt der Bedingung wirklich erklärte Antretung ist nur als vom Delaten selbst unbedingt gewollte anzusehen (Arndts Pand. § 508 Anm. 2. Leist S. 320).

Die nachträgliche Genehmigung einer durch einen Dritten ohne Auftrag oder zufolge eines verklausulirten Mandats erklärten Antretung ist immer eine wirkliche Annahme, und dabei ist es gleichgültig, wann sie Statt gefunden[34].

Die oben berührten Ausnahmen sind:

αα. Juristischen Personen gestattet der Prätor durch ihre ordinirten Vertreter, actores, anzutreten, im Fall versäumter Antretung von Seiten dieser, sogar ipso jure zu erwerben, ähnlich wie die sui[35].

---

33) L. 48 D. 29. 2: Si quis alicui mandaverit, ut, si aestimaverit, peteret sibi B. Pionem, et, postquam ille petiit, furere coeperit: nihilominus acquisita est B. P.

L. 25 § 9 D. eod.: Quid, si mandavit: „si expedit adire, adito"; „si putas expedire adire, adito"? Erit jussu aditum. vgl. mit

L. 51 § 2 D. eod.: Sed et si quis ita dixerit: si solvendo hereditas est, adeo hereditatem, nulla aditio est.

34) L. 54 D. 29. 2.

35) L. 3 § 4 D. 37. 1: A municipibus et societatibus et corporibus B. P. agnosci potest, proinde sive actor eorum nomine admittat, sive quis alius, recte competet B. P. Sed etsi nemo petat vel agnoverit B. Pionem nomine municipii, habebit municipium B. Pionem Praetoris edicto.

L. 1 § 2 D. 1. 19.

Digitized by Google

ββ. Für Infantes tritt deren Hausvater, resp. deren tutor an[36].

Weiter aber ging das Römische Recht nicht. Wenn daher ein impubes infantia major eine Erbschaft erwerben sollte, so mußte er selbst die Erklärung abgeben mit Zustimmung (auctoritas) seines Vormundes, oder, war er in potestate, mit Zustimmung seines Gewalthabers. Ein Geisteskranker ferner konnte als voluntarius heres eine Erbschaft gar nicht erwerben, da er ja gar keine Erklärung geben und ein Vormund für den Curanden nicht antreten konnte[37].

Justinian gestattete wenigstens, daß der Curator des Geisteskranken sich vorläufig in Besitz und Verwaltung der Erbschaft einweisen lassen darf, um aus den Einkünften den Geisteskranken zu alimentiren; die prätorische missio in possessionem furiosi nomine (s. unten). Wird dann der Kranke noch gesund, so kann er die Erbschaft selbst antreten. Stirbt er aber in der Geisteskrankheit, so fällt sie an jene Personen, die zur Zeit des Todes des Erblassers nach dem Geisteskranken dessen Erben gewesen sein würden. Const. 7 § 3. 7. 8 Cod. 5. 70. (cf. § 79.)

In vielen Gegenden Deutschlands aber nimmt das Gewohnheitsrecht an, jeder Vormund könne für den Mündel allein und ohne dessen Zuthun antreten. Hier fällt dann auch die missio in possessionem furiosi nomine weg. Der Vormund kann für den Geisteskranken die Erbschaft antreten und definitiv erwerben, so daß sie in das Vermögen des Geisteskranken bleibend übergeht.

Nach Deutschem Recht und zwar schon seit einer alten Praxis ist — bis zu dem Zeitpuncte der Todeserklärung — der Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen für den Verschollenen durch seinen

---

36) Const. 18 pr. Cod. 6. 30: Si infanti .. hereditas sit ... delata, ... licebit parentibus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem. § 2. Parente vero non subsistente, si quidem post ejus obitum tutor infanti sit ... posse eum .. ejus nomine adire hereditatem ..., et eo modo eidem infanti hereditatem quaerere.

37) L. 63 D. 29. 2: Furiosus acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino heres existat. Per alium autem acquiri ei potest, veluti per servum vel eum, quem in potestate habet.

Digitized by Google

Curator zulässig (cf. bes. Bruns l. c. Holzschuher l. c. S. 807—808).

B. Die Erbantretung muß der Delation entsprechen.

1. Da jede Delation zur Zeit ihrer Wirksamkeit von conditio und dies bereits befreit sein muß, so kann man demnach nie unter Bedingung, Zeitbestimmung oder sonstigem Vorbehalt antreten. Pure muß angetreten werden[38].

2. Die deferirte Erbschaft kann man auch nicht spalten. Man kann nicht zum Theil annehmen, zum Theil ablehnen[39], z. B. A. soll ¼ erben, B. ¼, A. soll noch einmal ⅛ erben. A. kann nicht das ¼ annehmen, das ⅛ ablehnen[40]. Vielmehr erwirbt er durch Annahme der einen ihm deferirten Portion sofort auch die übrigen[41].

3. Der auf einen Theil pure, auf einen andren sub conditione, oder auf einen Theil unter einer, auf einen andren unter einer andren Bedingung Eingesetzte wird, nach Annahme des ursprünglich unbedingten oder zuerst durch Erfüllung der Bedingung unbedingt gewordenen Erbtheils, durch Erfüllung der Bedingung des anderen Erbtheils von selbst zu beiden Theilen Erbe[42].

4. Daher fällt auch dem Institutus, der zugleich einem Miterben substituirt ist, der Erbtheil des letzten von selbst zu, wenn der Sub-

38) L. 77 D. 50. 17: Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio.

L. 51 § 2 D. 29. 2: . . dixerit: „si solvendo hereditas est, adeo hereditatem", nulla aditio est.

39) L. 1 D. 29. 2: Qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo, adire non potest.

40) L. 2 D. eod.: Si quis ex pluribus partibus institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere.

41) L. 80 § 1 D. eod.: . . adeundo unam portionem, omnem acquiro.

42) L. 76 pr. D. 29. 2: Si tu ex parte sexta sub conditione institutus fuisses heres, et, omittente partem suam Titio, cui substitutus eras, ex substitutione adiisses, deinde conditio jure sextantis exstitisset: quaero, „an adire necesse habueris, ne sextans tuus intereat?" Respondit: nihil interest, utrum ex substitutione prius adierit, an ex prima institutione, quum ab utraque causa una aditio sufficiat. Sextans itaque, qui sub conditione datus mihi est, ad me solum pertinet.

L. 53 pr. D. eod.: Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione et ex pura institutione adierit, et decesserit, posteaque (posteaquam) conditio extiterit, ea quoque pars ad heredem ejus pertinet.

Digitized by Google

stitutionsfall eintritt, nachdem er als institutus Erbe geworden[43]. Der bedingt Institutirte und zugleich einem Andren Substituirte erwirbt, nachdem er in letzter Eigenschaft Erbe geworden, wenn später die Bedingung seiner Institution in Erfüllung geht, von selbst den Institutionserbtheil und zwar mit Ausschließung andrer Miterben[44].

Immer aber wird vorausgesetzt, daß die Delation der verschiedenen Erbtheile eingetreten sei[45], daß also der institutus die Erfüllung der Bedingung erlebe (d. i. im Fall der Substitution den Wegfall des Miterben). Der bedingt hinterlassene Erbtheil fällt nicht auch den Erben des bedingt Instituirten zu, wenn die Bedingung erst nach dessen Tode erfüllt wird. Unbestreitbar ist dies bezüglich der Substitutionsportion, und zwar auch bei der sog. substitutio reciproca aller Eingesetzten[46]. In Ansehung eines anderswie bedingten Erbtheils beweist es l. 59 § 6 D. 29. 2[47]. Dem scheint zu widersprechen die in Anm. 42 cit. l. 53 pr. D. 29. 2 (cf. Mühlenbruch

43) L. 35 pr. D. 29. 2: Si quis, heres institutus ex parte, mox Titio (coheredi) substitutus, antequam ex causa substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit: erit heres ex causa quoque substitutionis; quoniam invito quoque ei accrescit portio.

Cit. l. 76 pr. D. 29. 2 (Anm. 42).

44) Cit. l. 76 pr. D. 29. 2 (Anm. 42).

45) L. 80 § 1 D. eod.: Idem puto, etiam si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic adeundo unam portionem omnem acquiro, si tamen delatae sint.

46) L. 81 D. 29. 2: Toties videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adiisse, quoties acquirere sibi possit. Nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem.

L. 45 § 1 D. 28. 6: Paulus respondit, si omnes instituti heredes omnibus invicem substituti essent, ejus portionem, qui, quibusdam defunctis, postea portionem suam repudiavit, ad eum solum, qui eo tempore supervixit, ex substitutione pertinere. Cit. l. 53 pr. D. 29. 2 (cf. Anm. 42).

47) L. 59 § 6 D. 29. 2: Si ita scriptum fuerit: „Titius ex parte tertia, Maevius ex parte tertia heredes sunto, Titius, si intra tertias Kalendas navis ex Asia venerit, ex reliqua parte heres esto“: videamus, ne Titius statim ex semisse heres sit? Nam duo heredes instituti sunt, sed Titius aut ex semisse, aut ex besse; ita sextans utique erit in pendenti. Et si conditio extiterit, ex besse heres erit, si non extiterit, ille sextans Maevio accrescet. Sed si decesserit Titius, antequam conditio existat, deinde conditio extiterit, tamen ille sextans non Titii heredi sed Maevio accrescet. Nam quum adhuc dubium esset, Titio an Maevio is sextans datus esset, Titius decessit. Nec potest intelligi datus ei, qui in tempore dandi in rerum natura non fuit.

Digitized by Google

Bd. 43 S. 150 ff.). Die einfachste Aushülfe ist wohl die, in l. 53 cit. statt „posteaque" zu lesen „posteaquam" (cf. Arndts Pand. § 517 Anm. 2).

5. Wer übrigens den unbedingten Erbtheil ausgeschlagen hat, kann auch den bedingten nicht mehr erwerben[48], wenngleich die Bedingung erst später in Erfüllung geht. Die l. 76 § 1 D. h. t.[49] ist nicht von dem Fall der erklärten Ablehnung des Institutionserbtheils zu verstehen, sondern von der bloßen Versäumung der Antretung desselben (nach ältrem Recht der cretio), und sehr wahrscheinlich ist, daß aditionem interpolirt ist für cretionem. Cf. Gaj. II. § 161 sq. § 174 sq. (Leist l. c. Arndts § 517 Anm. 3.)

§ 53.

B. Deliberationsfrist.

Dig. de jure deliberandi (28. 8). Cod. de jure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate (6. 30). Nov. 164.

Koch, De herede deliberante. Giess. 1783. Grosch Diss. inaug. de juris deliberandi origine. Vratisl. 1839. Wedemeyer, De jure deliberandi. Gött. 1844. Sintenis, Capita selecta ex jure civ. Giess. 1840. cap. III. p. 67 sq. Buchholtz (cf. § 56). Thibaut (cf. § 56). Marezoll im civil. Arch. Bd. VIII. S. 268 ff. Vangerow, Revision der neueren Theorien über gesetzliche Deliberationsfrist im civil. Arch. Bd. XXII. Nr. 7. Puchta und Arndts in Richters krit. Jahrb. Bd. IV. S. 7—29. Bruns in den Jahrb. des gem. Rs. Bd. I. S. 119 ff. Arndts § 509. Puchta § 498. Brinz § 193. Sintenis § 184—185. Böcking Erbr. III. B. § 92. Mühlenbruch-Glück Bd. 41 S. 277 ff. Höpfner Commentar § 548. Mayer Erbr. Bd. I. S 344 ff. Müller S. 834—836. S. 845. Vangerow § 499. Bering S. 497—501. Keller § 533. Witte im Rtsl. Bd. 1. S. 887—892.

Die Zeit der Antretung betr. gilt Folgendes:

I. Die Antretung ist an sich an keine Frist gebunden. Sobald mir eine Erbschaft deferirt ist und ich von der Delation Kunde erhalten habe, kann ich sofort antreten.

---

48) Arg. cit. l. 2 D. 29. 2 (Anm. 40).

L. 41 § 4 D. 28. 6: Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: „quos heredes meos invicem substituo", conjunctos primo loco vice mutua substituere videtur. Quibus institutionum partes non agnoscentibus, ceteros omnes coheredes admitti.

Const. 29 Cod. 6. 30 cf. Gaj. II. § 169.

49) L. 76 § 1 D. 29. 2: Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit; quum partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare.

Digitized by Google

In zwei Fällen bin ich indeß ausnahmsweise an der Antretung vorläufig gehindert. Sterbe ich aber während der Hinderung, so transmittire ich mein Antretungsrecht auf meine Erben (cf. § 57 Nr. E.).

A. Ist mir eine Erbschaft deferirt, aber ein embryo vorhanden, der, wenn er lebendig zur Welt kommt, mir vorgeht, so kann ich nicht antreten, ehe nicht über die Geburt des Embryo entschieden ist[1] (cf. § 78).

B. Ist einem vorgeblichen Kinde des Erblassers die provisorische B. P. ex edicto Carboniano (cf. § 77) ertheilt, so kann ich, der ich zunächst nach dem Kinde berufen bin, die Erbschaft nicht antreten, bevor der Erbschaftsstreit mit dem Kinde entschieden ist[2].

II. Der Delat kann auch antreten so spät er will. Das Antretungsrecht verjährt nicht. Auch ist niemand im Stande, in Folge seiner Nichtantretung ihm zuvorzukommen. Directe gesetzliche Zwangsfristen, innerhalb welcher die Antretung erfolgen mußte (sog. Deliberationsfristen), verordnete das ältre Römische Recht gar nicht. Liberum est quocunque tempore adire (cf. Gaj. II. § 167 in Anm. 7). Nur durch specielle letztwillige Anordnung konnte der Testator dem institutus, oder substitutus solche Fristen zu solenner Erklärung setzen: tempus cretionis (cf. § 52 Nr. III. A.). Einen indirecten Antrieb zu baldiger Antretung für die Intestaterben begründete die alte usucapio pro herede (cf. § 1). Für die Agnition der Bonorum Possessio waren bestimmte Fristen gesetzt (cf. § 3 Nr. II. D.).

Im neuesten Römischen Recht kann der Delat in der an sich unbegränzten Zeitdauer seines Antretungsrechts jedoch in folgender Weise unter gewissen Voraussetzungen beschränkt werden:

A. Wenn ihm der Erblasser im Testament einen Termin stellt als Bedingung der Einsetzung, so verliert er die Erbschaft, wenn er

---

1) L. 30 § 1 D. 29. 2: Proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnans est aut putatur esse, adire hereditatem non potest, sed si scit, non esse praegnantem, potest..... § 2—8.

L. 84 D. eod. L. 4 § 3 l. 5 D. 37. 4.

2) L. 12 D. 37. 10: Scriptus heres, contra quem filius impubes, qui subjectus dicitur, ex edicto primo (unde liberi) B. Pionem petit exemplo legitimi, secundum tabulas interim accipere non potest. Quod si medio tempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem habere potuerit, moriantur, heredibus eorum succurrendum erit Quid enim, si non potuerunt adire hereditatem, juri cessante, vel ob litem in dubio constituti?

Digitized by Google

diesen verstreichen läßt. Dies kann z. B. so geschehen, daß jener einen secundus heres ernennt für den Fall, daß der primus nicht binnen einer bestimmten Frist antritt[3], oder durch für diesen Fall auferlegte Geldbußen, oder Vermächtnisse.

B. Sind in einem Testamente Pflichttheilsberechtigte übergangen, so muß sich der institutus binnen 6 Monaten oder 1 Jahre, je nachdem er praesens oder absens war, erklären. Giebt er nach Ablauf der Frist die Erklärung nicht, so wird er als Erbe angesehen, und es kann die querela inofficiosi testamenti gegen ihn angestellt werden[4] (cf. Notherbfolge).

C. Bestimmte Personen haben ein besondres Interesse daran, daß die Erbschaft nicht nur überhaupt, sondern auch bald angetreten werde: die Gläubiger und die Vermächtnißnehmer; oder daß der berufene Erbe sich bald erkläre über Annahme oder Ablehnung: die Mitberufenen, die Substituten und die nachstehenden Intestaterben. Diese können vom Delaten eine Erklärung über Annahme oder Ablehnung verlangen[5]. Scheut sich derselbe, sich gleich zu entscheiden, so wenden sich die Interessenten an das Gericht und bitten, daß dem Delaten eine Frist gesetzt werde. Dasselbe gilt auch, wenn ein unter einer potestativen Bedingung Eingesetzter mit deren Erfüllung zögert[6].

---

3) L. 72 D. 29. 2: Si quis ita heres scriptus fuerit, „ut intra certum tempus adeat hereditatem", et, si non ita adierit, alius ei substituatur....

4) Const. 36 § 1 Cod. 3. 28: Sancimus, ubi testator decesserit alio scripto herede et speratur de inofficioso querela, necessitatem habere scriptum heredem, si quidem praesto est, in eadem commanens provincia, intra sex mensium spatium, sin autem seorsum utraque pars in diversis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo spatium, simili modo per continuum a morte testatoris numerandum, omnimodo adire hujusmodi hereditatem, vel manifestare suam sententiam, quod hereditatem minime admittat.

5) L. 5 pr. D. 28. 8: Aristo scribit, non solum creditoribus sed et heredi instituto Praetorem subvenire debere.

L. 10 D. eod.: Si plures gradus sint heredum institutorum, per singulos observaturum se ait Praetor id, quod praefiniendo tempore deliberationis edicit: videlicet, ut, a primo quoque ad sequentem translata hereditate, quam primum inveniat successorem, qui possit defuncti creditoribus respondere.

Const. 22 Cod. 6. 30 (cf. § 62 Anm. 7) L. 69 D. 29. 2 (cf. Anm. 13).

6) L. 23 § 1 D. 28. 5: Sed si B. Pionem non admittat, sed conditionem trahat, cui facile parere possit, veluti, si servum, quem in potestate

Digitized by Google

Dies ist die Ueberlegungs- und Antretungsfrist, spatium deliberandi. Das hierauf bezügliche Recht, jus deliberandi, ist eine Schöpfung des prätorischen Edicts. Es entsprang aus gleichen Wurzeln, wie die B. P. Es gestaltete sich unter unverkennbarem Einflusse der Grundideen dieses Instituts, wie auch der venditio bonorum (cf. Rechtsgeschichte).

1. Die Frist sollte nach ältrem Recht nicht auf kürzere Zeit bewilligt werden, als auf 100 Tage (die alte übliche Cretionszeit): auf längere Zeit, und bez. wiederholt, nur ex magna causa: seit Justinian stets nur einmal, und zwar vom Richter nicht über 9 Monate, vom Regenten nicht über ein Jahr[7].

2. Während dieser Frist kann der Delat von keinem Interessenten gedrängt werden, sich über Antretung oder Ablehnung zu erklären[8]. Er kann verlangen, in den Besitz der gesammten Erbschaft gesetzt zu werden, um auf diese Weise die genauesten Nachforschungen über den Stand derselben anstellen zu können[9]. Ist der Deliberirende

---

habeat, manumiserit, nec manumittat: hic Praetoris erunt partes, ut imitetur Edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas.

7) Gaj. II. § 162: Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda. § 167 ... eique liberum est, quocunque tempore voluerit adire hereditatem. Sed solet Praetor, postulantibus hereditariis creditoribus, tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.

L. 1 § 1 D. 28. 8: Ait Praetor: „Si tempus ad deliberandum petet, dabo". § 2. Quum dicit tempus, nec adjicit diem, sine dubio ostendit, esse in jus dicentis potestate, quem diem praestituat.

L. 2 D. eod.: Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi. L. 3: ... nonnumquam semel, nonnumquam saepius diem ad deliberandum datum esse, dum Praetor suadetur, tempus, quod primum aditus praestituerat, non suffecisse. L. 4: Sed hoc impetrare non debet, nisi ex magna causa.

Const. 22 § 13 i. f. Cod. 6. 30: ... petere deliberationem vel a nobis vel a nostris judicibus, non tamen amplius ab imperiali ... culmine uno anno, a nostris .. judicibus novem mensibus ... Seme enim et non saepius eam peti concedimus.

8) L. 1 § 12 i. f. D. 38. 9: .. si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt.

9) L. 28 D. 29. 2: .. existimat, Praetorem aditum facultatem facere debere heredi, rationes defuncti ab eo petere, penes quem depositae sunt, deliberanti de adeunda hereditate.

L. 5 pr. D. 28. 8.

Digitized by Google

ein Descendent des Erblassers, so kann er während der Deliberationszeit sogar Alimente aus dem Nachlaß fordern[10]. Der Deliberirende kann sich ferner vom Richter ermächtigen lassen, solche Erbschaftsgegenstände zu verkaufen, die durch längeres Aufbewahren untergehen, oder an Werth verlieren würden[11].

3. Statt der Besitzeinweisung des Deliberirenden in die Erbschaft kann auch ein curator hereditatis jacentis bestellt werden[12], und zwar auf Antrag, sei es der Interessenten, sei es des Delaten.

4. Tritt der Erbe innerhalb des spatium deliberandi an, so muß er nach ältrem Römischen Recht unbedingt für alle Schulden haften. An Vermächtnissen dagegen braucht er nie mehr zu zahlen, als der Nachlaß nach Abzug aller Schulden reicht. Betragen die Vermächtnisse mehr als $^3/_4$ seiner nach Zahlung der Schulden übrig bleibenden reinen Erbportion, so kann er noch so viel von den Vermächtnissen abziehen, bis er $^1/_4$ dieser seiner Erbportion für sich hat: Quarta Falcidia und Trebelliana (s. unten).

Läßt er dagegen das spatium deliberandi ohne Erklärung verstreichen, so wird er als ausschlagend behandelt. Die Erbschaft ist für ihn verloren. Sie wird nunmehr dem Nächstberufenen überlassen. Will niemand antreten, so wird dieselbe zum Besten der Gläubiger verkauft[13] (cf. Vangerow l. c. S. 152 ff.).

---

10) L. 9 D. 28. 8: Filius, dum deliberat, alimenta habere debet ex hereditate.

11) L. 5 § 1 D. eod.: ... et deliberat heres, et res sunt in hereditate, quae ex tractu temporis deteriores fiunt ..., potest ... sine praejudicio vendere. Qui possit etiam ea, quae nimium sumtuosa sunt, veluti jumenta, ... item ea, quae mora deteriora fiunt, vendere ....

L. 6 D. eod.

12) L. 22 § 1 D. 42. 5: Sed si bonis curator datus sit, ... vel absentis, vel dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate ....

L. 8 D. 42. 4: Etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur ....

13) L. 69 D. 29. 2: Quamdiu institutus admitti potest, substituto locus non est, nec ante succedere potest, quam excluso herede instituto. Eveniet igitur, ut necessarium sit remedium Praetoris, et circa denegandas primo actiones et circa praestituendum tempus substituto, quia intra diem primo praestitutum (substitutus) neque adire hereditatem potest, neque pro herede gerere. Is autem, qui tertio gradu scriptus est, si primo deliberante secundus decedat, ipse potest succedere. Ergo exspectamus in singulis, ut prius deferatur hereditas; tunc deinde, posteaquam de-

Digitized by Google

5. Dies spatium deliberandi ward aber zunächst auf Antrag der bei der Antretung interessirten dritten Personen vom Richter dem Delaten gesetzt. Es konnte aber auch vom Delaten selbst erbeten werden[14]. Nach dem Vorgetragenen enthielt es zugleich Vortheile grade für ihn. Es enthielt ein beneficium deliberandi. Namentlich entgeht er dadurch auch der Gefahr, zweideutige Acte, die er etwa vornehmen möchte, als pro herede gestio wider ihn ausgelegt zu sehen. Cit. l. 5 § 1 D. 28. 8 verbis: „potest sine praejudicio vendere".

6. In const. 22 Cod. 6. 30 und Nov. I. cap. 2 § 1—2 beschränkte, bez. verschlechterte Justinian dies beneficium deliberandi ganz bedeutend durch Einführung des beneficium inventarii (cf. § 62). Wer die Deliberationsfrist erbeten hat, soll über den Bestand der Erbschaft sofort ein sorgfältiges Inventar aufnehmen. Unterläßt er dies, so erleidet er folgende Nachtheile:

a. Tritt er an, so muß er nicht nur unbeschränkt für alle Schulden haften, sondern auch ungeschmälert alle Vermächtnisse auszahlen, ohne die Quarta Falcidia abziehen zu dürfen, auch wenn sie den Bestand des Nachlasses überschreiten[15].

b. Schlägt er aus, so ist er dem jusjurandum in litem seiner Gegner ausgesetzt. Behaupten nämlich diese, die Erbschaft habe mehr betragen, als er nach der Ausschlagung ihnen herausgiebt, so werden sie zur eidlichen Bekräftigung dieser Behauptung zugelassen. Const. 22 § 14 Cod. cit.

c. Läßt er aber die Frist ohne Erklärung verstreichen, so wird er behandelt, als habe er die Erbschaft angenommen. Dann gilt das sub Nr. a. Gesagte. Const. 22 § 14 Cod. cit.

---

lata est, exspectamus diem praestitutum. Nisi aut adeat, aut pro herede gerat, denegamus ei actiones.

L. 23 § 1 D. 28. 5 (cf. Anm. 6). § 2: Item si conditioni heres parere non poterit, quam in sua potestate non habebit, veluti institutione collata in alterius factum aut quendam casum, „si ille, puta, consul factus fuerit": tunc, postulantibus creditoribus, constituet Praetor, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit aditaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere jussurum, et interim, quae urgebunt, per procuratores distrahi jussurum.

Gaj. II. § 167 (cf. Anm. 7).

14) Cit. l. 5 pr. D. 28. 8 (cf. Anm. 5).

15) Const. 22 § 14 Cod. 6. 30 Nov. 1 cap. 2 § 2 (cf. § 62 Anm. 7).

Digitized by Google

Weit günstiger ist er dagegen gestellt, wenn er die Erbschaft antritt cum beneficio inventarii (cf. § 62).

7. Im Einzelnen ist in dieser ganzen Lehre unendlich viel bestritten (cf. Arndts § 509 Anm. 1—6), namentlich das Verhältniß des beneficium inventarii zum Deliberationsrechte (cf. besonders Vangerow im civil. Arch. Bd. 22 S. 151 ff.). Beim Mangel einer vollständig sicheren Interpretation zweier Constitutionen Justinians, der Const. 19 und 22 Cod. de jure deliberandi 6. 30 ist eine Verständigung über jene zahlreichen und weitläufigen Controversen wohl schwerlich je zu hoffen (cf. Arndts § 509 Anm. 1—6. Sintenis l. c. Vangerow l. c.).

a. Man lehrte, es gebe für einen jeden Erben gesetzlich, ohne Antrag von irgend welcher Seite, die Frist eines Jahres. Habe der Delat innerhalb eines Jahres nicht angetreten, so habe er ausgeschlagen (Thibaut und Mühlenbruch l. c.).

b. Andre: Sei dies gesetzliche Deliberationsjahr verstrichen, so habe er angetreten (Höpfner, Konopak).

Diese beiden Ansichten stützt man beiderseits auf const. 19 Cod. 6. 30 (cf. § 57 Anm. 6). Allein der herrschenden und richtigen Ansicht nach führte dieselbe überall nicht eine gesetzliche Deliberationsfrist ein, sondern ein Transmissionsjahr. Wenn der Delat binnen Jahresfrist, vom erfahrenen Anfall an gerechnet, ohne Antritts- oder Ausschlagungs-Erklärung versterbe, so solle auf seine Erben das Recht übergehen, während der an der Frist noch übrigen Zeit seine Erklärung nachzutragen, sog. transmissio Justinianea (cf. § 57 Nr. C. 2.).

c. Eine dreimonatliche gesetzliche Deliberationsfrist soll angeordnet sein in const. 22 § 1 Cod. 6. 30 (cf. § 62 Anm. 7). Habe der Delat sich nicht erklärt, so habe er ausgeschlagen (Marezoll l. c.).

d. Andre ebenso umgekehrt: Dann habe er angetreten (Buchholtz l. c.).

Durch die räthselhaften Worte „intra trium mensium spatium“ (const. cit.) ist jedoch der richtigen Ansicht nach auch eine dreimonatliche gesetzliche Deliberationsfrist nicht eingeführt. Die erwähnten drei Monate gehen auf die gesetzliche Frist für Errichtung eines Inventars.

Digitized by Google

Ueber die Unhaltbarkeit der vier angeführten Meinungen vgl. besonders Vangerow im civil. Arch. Bd. XXII. Nr. 7.

Der Mangel des Römischen Rechts an gesetzlichen Vorschriften über die Zeit der Antretung ist auffallend. Neuere Gesetzgebungen haben ihn zu heben gesucht (cf. Gustermann, Oestreich. Privatr. Prag. Wien 1822. 8. I. § 45 ff. Preuß. Ldr. I. 9 § 348 ff.).

D. Wer die materiellen Vortheile des beneficium inventarii sich sichern will, muß innerhalb einer gewissen Zeit antreten (cf. § 62).

§ 54.

C. Ablehnung der Erbschaft.

Dig. de acquir. vel omitt. hereditate (29. 2). Cod. de repudianda B. Pione (6. 19), de repudianda vel abstinenda hereditate (6. 31).

Omelin, De repudiatione hereditatis. Tubingae 1804. Francke im civil. Arch. Bd. XIX. S. 207 ff. Bähr, Die Anerkennung, S. 197. Seuffert's Archiv Bd. V. Nr. 302. Arndts § 510. Puchta § 499. Brinz § 194. Sintenis § 201. Böcking Erbr. III. B. § 90. Mühlenbruch-Glück Bd. 43. S. 103 ff. Göschen § 974. Müller S. 839. Vangerow § 402. Bering S. 449—453. Keller § 527.

Die Ablehnung der Erbschaft steht unter den umgekehrt gleichen Regeln wie der Erwerb[1]. Sie kann daher wie dieser entweder durch Worte erfolgen, durch ausdrückliche Willenserklärung, repudiatio, Ausschlagung, oder stillschweigend durch concludente Handlungen, omissio[2].

Die repudiatio insbesondre geschieht durch jede formlose wörtliche Erklärung, daß man die Erbschaft nicht wolle. Cit. l. 95 D. 29. 2. Die omissio z. B. dadurch, daß man eine gesetzte Antretungsfrist absichtlich versäumt oder eine Potestativbedingung absichtlich nicht erfüllt.

1. Zur Ablehnung bedarf es derselben Handlungsfähigkeit wie zur Antretung.

a. Ist einem Pupillen eine Erbschaft deferirt, so ist die einseitige Ablehnung, sei es des Vormunds, sei es des Pupillen, unnütz. Nur der Pupill tutore auctore kann die Erbschaft gültig ausschlagen[3].

1) L. 18 D. 29. 2: Is potest repudiare, qui et adquirere potest.

2) L. 95 D. 29. 2: Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis.

3) L. 1 § 4 D. 38. 9: Tutor impuberis an repudiare possit B. Pionem, videamus. Et magis est, ne possit, sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest.

Const. 5 Cod. 6. 31: Pupillorum repudiatio ... sine tutore auctore facta, nihil eis nocet.

L. 8 D. 37. 1.

Digitized by Google

b. Ist ein furiosus der Delat, so kann dessen curator zwar omittiren, nicht aber ausschlagen. Const. 7 § 3. 7. 8 Cod. 5. 70.

c. Ist ein Hauskind der Delat, so erfordert die Ablehnung ebenfalls zwiefachen Act: die Zusammenwirkung des Kindes und des Vaters[4].

α. Schlägt blos der Sohn aus, so kann der Vater antreten und die Erbschaft geht in sein freies patrimonium über.

β. Schlägt blos der Vater aus, so kann der Sohn antreten und sie wird sein peculium adventitium irregulare[5].

2. Ablehnen kann man gültig nur nach geschehener Delation[6], und ante aditionem[7]. Nur eine deferirte, noch nicht angenommene Erbschaft kann man ablehnen. Ein Verzicht auf eine Erbschaft vor der Delation ist unverbindlich (cf. § 5).

Nach Deutschem Recht ist der Verzicht auf eine noch nicht deferirte Erbschaft, wenn er durch Vertrag, also zweiseitig, erfolgt, verbindlich. Den Vertrag kann der Delat in spe schließen nicht nur mit nachstehend Berufenen oder Mitberufenen, sondern auch, wenn es sich um Notherbrecht handelt, mit dem Erblasser selbst zu Gunsten der nachstehend Berufenen oder Mitberufenen (cf. Gerber, Deutsches Privatrecht § 264).

---

4) L. 13 § 3 D. 29. 2: Neque filiusfamilias repudiando sine patre, neque pater sine filio alteri nocet. Utrique autem possunt repudiare.

5) Cit. const. 18 § 4 Cod. 6. 30 (cf. § 52 Anm. 3) Cit. const. 8 pr. § 1. 6 Cod. 6. 61 (cf. § 52 Anm. 6).

6) L. 13 pr. D. 29. 2: Is . . cui . . hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset. Ceterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit conditio, et si in arbitrium collata est.

L. 13 § 2 D. eod.: Substitutus quoque similiter, si ante repudiet quam heres institutus decernat de hereditate: nihil valebit repudiatio.

L. 174 § 1 D. 50. 17: Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.

L. 3 D. eod.: Ejus est nolle, qui potest velle.

L. 4 D. 29. 2: Nolle adire hereditatem non videtur, qui non potest adire.

7) Const. 4 Cod. 6. 31: Sicut major quinque et viginti annis, antequam adeat, delatam repudians successionem, post quaerere non potest: ita quaesitam renuntiando nihil agit, sed jus, quod habuit, retinet.

Digitized by Google

3. Der Erbe muß wissen, aus welchem Grunde er berufen ist. Schlägt er aus aus einem ungültigen Testamente, das er für gültig hält, so hat er damit auf die Intestaterbfolge noch nicht verzichtet[8].

Zweifel hat L. 97 D. 29. 2[9] gemacht. Derselbe Titius ist hier in 2 Testamenten eingesetzt, das spätre ist ungültig; er hält es für gültig und tritt daraus an. Paulus sagt: Papinian habe gemeint, Titius könne aus dem ersten Testament nicht mehr antreten. Durch Antretung aus dem zweiten habe Titius auf das erste verzichtet. So habe Papinian einen Rechtsfall entschieden. Paulus tadelt dies. Ein Verzicht sei nicht anzunehmen, so lange Titius das zweite Testament für gültig hielt. Wir haben Paulus zu folgen. Wer sein Recht nicht kennt, verzichtet auch nicht darauf. Auch ist die Stelle aus seinen Schriften und Papinians Meinung wird mißbilligt. Papinian selbst hat in ähnlichen Fällen wie Paulus entschieden[10]. Papinians Auctorität an sich kann nicht in Betracht kommen. Diesem folgt auch die communis opinio.

4. Die Ablehnung eines Theils der Erbschaft ist unwirksam. Die Annahme eines Theils ist Antretung der ganzen Erbschaft[11]. Die

8) L. 17 § 1 D. 29. 2: Heres institutus idemque legitimus, si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem . . .

L. 17 pr. D. eod.: Nec is, qui non valere testamentum, aut falsum esse putat, repudiare potest. Sed si certum sit, falsum non esse, quod falsum dicitur, sicut adeundo acquirit, ita et repudiando amittit hereditatem.

9) L. 97 D. 29. 2: (Paulus.) Clodius Clodianus facto prius testamento, postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat. Scriptus heres, quum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam, non repudiare eum, qui putaret, posterius valere; pronuntiavit, Clodianum intestatum decessisse.

10) L. 79 D. de leg. II.: Quae fideicommissa (praedia) moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit. Juris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt. Non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.

11) L. 10 D. 29. 2: Si ex asse heres destinaverit partem habere hereditatis, videtur, in assem pro herede gessisse.

L. 80 pr. D. eod.: Si solus heres ex pluribus partibus fuero in-

Digitized by Google

Ablehnung eines Theils ohne gleichzeitige Annahme eines Theils muß wohl ebenso als Ablehnung der ganzen Erbschaft gelten.

5. Hat jemand ausgeschlagen und dieselbe Erbschaft wird ihm abermals deferirt, z. B. als Substituten oder Intestaterben, so kann derselbe jetzt noch antreten[12].

6. Die Ablehnung ist unwiderruflich und vernichtet die Delation. Durch sie geht dem Delaten die Erbschaft für immer verloren. Cit. l. 13 pr. D. h. t. (Anm. 6.) Const. 4 Cod. 6. 31 (Anm. 7). Die Erbschaft wird nun so behandelt, als wäre der Ablehnende nicht vorhanden gewesen.

7. Aus den allgemeinen Restitutionsgründen kann man sich jedoch gegen die Ablehnung in integrum restituiren lassen.

§ 55.

D. Erwerb ohne Antretung.

Averanii interpret. jur. Lib. I. cap. 9 (beneficium abstinendi). **Boehmer**, De suo herede ab hereditate se abstinente vel se immiscente, in Elect. jur. civ. I. Exerc. 4. Lassberg, Comm. exhib. observ. ad jus sui heredis praesertim ratione nepotis. § 20 sq. Jen. 1821. **Löhr** (Suus heres) im civil. Arch. Bd. II. Nr. 14. 9. Francke Beiträge IV. S. 145 ff. **Vangerow** im civil. Arch. Bd. XXIV. S. 126 ff. Laspeyres das. Bd. XXI. S. 80 ff. Marezoll in der Gießner Zeitschr. Bd. II. S. 85 ff. Huschke das. N. F. Bd. VII. S. 84 ff. Schmidt (v. Ilmenau) civil. Abhdlg. S. 61 ff. Strippelmann Entsch. d. O. A. G. zu Cassel Bd. V. S. 383 ff. Seuffert's Arch. Bd. III. Nr. 78. Bd. IV. Nr. 230. Arndts § 511. **Puchta** § 500. Brinz § 198. Sintenis § 202. Böcking Erbr. III. B. §. 120. **Mühlenbruch-Glück** Bd. 42. S. 325—396. Bd. 43. S. 124—221. Bd. 35. S. 140 ff. Göschen § 975. **Müller** S. 698. S. 840. Vangerow § 497. **Bering** S. 478—483. Keller § 529. 543. **Witte** im Rtl. Bd. I. S. 856—871.

Die heredes domestici (cit. § 2 I. 2. 19 Anm. 7), d. i. die Hauskinder und die cum libertate eingesetzten Sclaven, sind, im Gegensatz zu den heredes extranei, nicht voluntarii heredes, sondern necessarii (cf. § 52 Nr. I.), Zwangserben. Die

---

stitutus, unam partem omittere non possum. Nec interest, in quibusdam habeam substitutum, necne. § 1. Idem puto, etiam si aliis mixtus heredibus ex pluribus partibus heres institutus sim, quod et hic, adeundo unam portionem, omnem acquiro....

12) L. 76 § 1 D. 29. 2: .. si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin, ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare.

Digitized by Google

Hauskinder heißen heredes sui et necessarii, die Sclaven schlechtweg heredes necessarii[1].

Bei ihrem Erbschaftserwerb kommt es auf ihren Willen so wenig an, als auf ihre Willensfähigkeit. Es ist z. B. einerlei, ob sie puberes, impuberes oder infantes, ob sie geistesfähig oder furiosi sind[2]. Ihr Erbschaftserwerb geschieht juris necessitate. Die Mitwirkung eines Tutors oder Curators fordert derselbe nicht[3]. Auch brauchen diese Erben den Tod des Erblassers gar nicht erfahren zu haben. Cit. const. 8 Cod. 6. 55 (cf. § 56 Anm. 1).

Daß die Hauskinder Zwangserben sind, ist auch heute noch durchaus practisches Recht.

Wird einem suus heres die hausväterliche Erbschaft deferirt, so erwirbt er im Augenblicke der Delation dieselbe ipso jure ohne sein Wissen und Wollen, ipso jure, tacito jure, ignorans et invitus[4]. Sein bisher schon bestandenes, aber durch das Vorhandensein des pater-

---

1) Gaj. II. § 152: Heredes . . necessarii dicuntur aut sui et necessarii, aut extranei. § 153. Necessarius heres est servus cum libertate institutus, ideo sic appellatus, quia sive velit, sive nolit, omni modo heres est. § 156. Sui autem et necessarii sunt veluti filius, nepos ex filio, deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt. Sed uti nepos . . . suus heres sit, non sufficit, eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque ejus, vivo patre suo, desierit suus heres esse. § 161. Ceteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei heredes appellantur.

Pr. § 11 I. 2. 19: Heredes . . necessarii dicuntur aut sui et necessarii, aut extranei. Necessarius heres est servus heres institutus . . Sui et necessarii heredes sunt veluti filius, nepos ex filio . . . . .

2) Cit. l. 63 D. 29. 2 (cf. § 52 Anm. 2) Cit. § 3 I. 3. 2 (cf. Anm. 3).

3) § 3 I. 3. 2: Sui autem ignorantes heredes fiunt, et licet furiosi sunt, heredes possunt existere, quia, quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis et furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium. Et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, quum etiam ignorantibus acquiratur suis heredibus hereditas: nec curatoris consensu acquiritur furioso, sed ipso jure.

4) § 2 I. 2. 19: Necessarii dicuntur, quia . . sive velint, sive nolint, tam ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt.

L. 14 D. 38. 16: In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes existunt.

Cit. Gaj. II. § 153 (cf. Anm. 1).

Digitized by Google

familias gebundenes Anrecht auf das Familienvermögen wird jetzt frei[5].

Die Momente der Delation und Acquisition der Erbschaft fallen hier in einen Zeitpunct zusammen (cf. § 4 Nr. II. B.).

Sui heredes sind: alle Descendenten eines Hausvaters, welche in potestate morientis entweder stehen oder stehen würden, wenn sie schon geboren wären. Letztre sind die postumi, z. B. wenn des Erblassers Frau bei seinem Tode schwanger ist, so ist der postumus, den sie später lebendig zur Welt bringt, sein suus heres[6].

Bei diesen suis ist aber noch zu unterscheiden:

1. Die sog. sui immediati, d. h. diejenigen, die in der Gewalt des Hausvaters sich so befinden, daß zwischen ihnen und dem Hausvater kein näherer Descendent in der Gewalt steht, durch den sie Descendenten des Hausvaters sind, also Söhne und Töchter, Enkel aus einem Sohne, wenn der Großvater den Sohn zur Zeit der Geburt der Enkel in der Gewalt hatte und später der Sohn stirbt oder emancipirt wurde[7].

2. Die sog. sui mediati, wenn ein solch näherer Descendent zwischen ihnen und dem Hausvater in der Gewalt steht, z. B. ich habe in meiner Gewalt einen Sohn A. und aus diesem Sohne einen Enkel B. Hier ist A. mein suus immediatus, der B. mediatus: ein Fall, der freilich nach heutigem Recht beinahe nie vorkommen wird, da der Sohn, wenn er heirathet, in der Regel durch separata oeconomia von der väterlichen Gewalt frei sein wird, und dann seine Kinder nicht in meine Gewalt kommen.

---

5) L. 11 D. 28. 2: In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam filiusfamilias appellatur, sicut paterfamilias, sola nota hac adjecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur.

6) Cit. § 2 I. 2. 19 (cf. Anm. 7).

7) § 2 I. 2. 19: Sui autem et necessarii heredes sunt . . . qui modo in potestate morientis fuerint. Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit, eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater ejus, vivo patre suo, desierit suus heres esse, aut morte interceptus aut qualibet alia ratione liberatus potestate. Tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui heredes quidem ideo appellantur, quia domestici heredes sunt . . .

Digitized by Google

Viele Civilisten meinen nun: diese sui mediati seien gar nicht sui heredes des Hausvaters. Allein aus Verwechslung. Handelt es sich nämlich von der Intestat- und Notherbfolge, so sind natürlich sui heredes des Hausvaters blos die immediati, weil die mediati durch sie ausgeschlossen werden (cf. § 13 Nr. I.). Allein in einem Testamente kann ja der Hausvater neben den immediatis auch die mediatos zu Erben einsetzen und dann gelten auch jene durchaus als sui heredes[8].

Emancipati sind niemals sui heredes. Ein Frauenzimmer kann nicht sui heredes haben[9].

Das Recht der sui ist ein Ausfluß des uralten Hausstandsrechts. Den spätren Rechtsanschauungen entsprach es nicht mehr völlig, obschon man es beibehielt. Schon zur Zeit der Republik umging man die Strenge des Erwerbs der sui durch die Clausel: „si volet", auch durch Hinzufügung leicht erfüllbarer Potestativbedingungen, z. B. „si Capitolium ascenderit". Durch diese Bedingungen, deren erstre (si volet) bei einem extraneus eine juris conditio ist (cf. § 37 Nr. II. B. i. f.), fallen die Wirkungen der Suität weg. Sie verwandeln ihn aus einem necessarius in einen voluntarius heres[10].

---

8) L. 6 § 5 D. 29. 2: Interdum filiifamilias et sine aditione acquirent hereditatem his, in quorum sunt potestate, utputa si nepos ex filio exheredato heres sit institutus, patrem enim suum sine aditione faciet heredem et quidem necessarium. § 6. Sed si quis heres institutus adoptetur a filio exheredato, necessarium eum non facit; sed juberi debet, ut adeat, quoniam mortis tempore in potestate non fuerit. Nam per eum quis existere necessarius non potest, qui ipse non esset exstaturus.

9) § 3 I. 2. 19: . . . Liberi . . nostri, qui in potestate nostra non sunt . . extranei heredes videntur . . . Qui heredes a matre instituuntur, eodem numero sunt, quia feminae in potestate liberos non habent.

10) L. 12 D. 28. 7: Verba haec: „Publius Maevius, si volet, heres esto" in necessario conditionem faciunt, ut, si nolit, heres non existat. Nam involuntaria heredis persona frustra adduntur, quum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres.

L. 86 pr. D. 28. 5: . . dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, ut, si voluissent, heredes essent. § 1. . . . hoc loco subjungetur: suis heredibus ita institutis „si voluerint heredes esse", non permittendum, abstinere se hereditate: quum ea conditione instituti jam non ut necessarii, sed sua sponte heredes exstiterunt. Sed et ceteris conditionibus, quae in ipsorum sunt potestate, si sui pareant, jus abstinendi assequi non debent.

Digitized by Google

Manche erblicken auch in der Anordnung einer Substitution eine Aufhebung der Wirkungen der Suität. Allein diese hat nur den Sinn, daß der Substitut Erbe sein solle, falls der suus heres bei Lebzeiten des Testators versterbe.

Der Prätor änderte principiell die Behandlung des suus. Er erklärte in seinem Edict: „Ich werde die sui nur dann als Erben behandeln, wenn sie erben wollen, und nicht als Erben, wenn sie nicht wollen". Dieser neue Satz bildet die Grundlage des sog. beneficium abstinendi.

I. Wer einmal Erbe geworden ist, kann nicht mehr zurücktreten[11], semel heres, semper heres.

Dieser Grundsatz konnte für die sui zu großen Härten führen, wenn die Erbschaft überschuldet war. Deshalb schuf der Prätor in seinem Edict für die sui, nicht auch für die necessarii, das jus oder beneficium abstinendi sese ab hereditate. Durch eine einfache formlose, gerichtliche oder außergerichtliche, Erklärung, daß sie die Erbschaft nicht behalten wollen, zu welcher es einer richterlichen causae cognitio oder Gewährung überall nicht bedarf[12], können sie sich von derselben wieder losmachen[13]; es sei denn:

a. sie hätten sich bereits immiscirt, d. h. durch Worte oder concludente Handlungen — identisch mit der pro herede gestio — erklärt, sie wollten die Erbschaft behalten[14], oder

---

11) L. 1 § 7 D. 38. 9: . . rursum, posteaquam decreta est, sera repudiatio est, quia quod acquisitum est, repudiari non potest. Cit. const. 4 Cod. 6. 31 (cf. § 54 Anm. 7).

12) L. 12 D. 29. 2: Ei, qui se non miscuit hereditati paternae, sive major sit sive minor, non esse necesse Praetorem adire, sed sufficit, se non miscuisse hereditati.

13) Gaj. II. § 258: Sed his Praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.

Ulp. fr. XXII. § 24: Necessariis heredibus abstinendi potestas . . datur. § 2 i. f. I. 2. 19: . . his praetor permittit . . abstinere se ab hereditate, ut potius parentis, quam ipsorum bona similiter, a creditoribus possideantur.

14) L. 57 pr. D. 29. 2: Necessariis heredibus . . . abstinendi se ab hereditate Proconsul potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint.

Digitized by Google

b. sie hätten etwas aus der Erbschaft amovirt, d. i. unterschlagen[15].

Die formlose Abstinenzerklärung kann z. B. einem einzigen Erbschaftsgläubiger gegenüber erfolgen. Eine solche Einzelerklärung ist dem suus schon präjudicirend. Durch sie hat er sich schon z. B. allen Erbschaftsschuldnern gegenüber gebunden. Er ist los von der Erbschaft.

Durch die Einführung dieses beneficii abstinendi für die sui haben dieselben nun keineswegs aufgehört, ipso jure Erben zu werden. Sie sind nur nicht mehr gezwungen, Erben zu bleiben. Dem Erfolge nach freilich kommt beinah eine Gleichstellung heraus zwischen sui und voluntarii heredes.

A. Ein suus impubes kann auch ungeachtet der Immixtion später noch abstiniren, sei es, daß dieselbe tutore auctore oder vom tutor allein geschehen ist[16]. Cit. l. 57 pr. D. 29. 2 (Anm. 14).

Ein mündiger Minderjähriger bedarf im Falle der Immixtion erst der in integrum restitutio[17]. Nach heutigem Recht muß aber wohl auch bei diesem die Immixtion ohne vormundschaftliche Zustimmung als völlig wirkungslos angesehen werden (cf. Arndts § 511 Anm. 3).

B. Der Abstinirende ist an keine Frist gebunden. Der suus kann jedoch eine Deliberationsfrist nachsuchen. Dann gelten die im § 52 ausgeführten Grundsätze. Sogleich bei Erbittung der Deli-

---

L. 87 pr. D. eod.: Eum bonis patris se miscere convenit, qui remoto familiae vinculo pro herede gerere videretur.

Const. 1 Cod. 6. 31: Si, paterna hereditate te abstinuisse, constiterit, et, non ut heredem in domo, sed ut inquilinum . . . vel ex alia justa ratione, habitasse, . . . fuerit probatum: ex persona patris conveniri te, procurator meus prohibebit.

15) L. 71 § 3 D. 29. 2: Praetor ait: „Si per eum eamve factum erit, quo quid ex ea hereditate amoveretur".

L. 71 § 4 D. eod.: Si quis suus se dicit retinere hereditatem nolle, aliquid autem ex hereditate amoverit, beneficium abstinendi non habebit.

§ 5—8 eod.

16) L. 11 D. 29. 2: Impuberibus liberis omnimodo abstinendi potestas fit, puberibus autem, si se non immiscuerint.

17) L. 57 § 1 D. eod.: Sed tamen et puberibus minoribus XXV annis, si temere damnosam hereditatem patris appetierint, ex generali Edicto . . succurrit; quum, et si extranei damnosam hereditatem adierint, ex ea parte Edicti in integrum eos restituit.

Digitized by Google

berationsfrist muß er aber die eventuelle Abstention erklären. Er ist ja schon ipso jure Erbe. Die Nachsuchung einer Bedenkzeit für die Antrittserklärung wäre ihm daher an sich unnütz und widersprechend. Das allein Consequente ist eventuelle Abstention oder auch Abstention mit vorbehaltener Zurücknahme derselben innerhalb der Deliberationsfrist[18] (cf. Müller S. 837 not. 41. c.).

C. In der Regel abstinirt ein suus heres nur, wenn die Erbschaft insolvent ist; und gewöhnlich wird dann Concurs eröffnet. Damit hängt der Satz zusammen, daß der suus auch nach der Abstention noch 3 Jahre lang die Erbschaft wieder an sich nehmen kann, vorausgesetzt, daß der Concurs noch nicht beendet ist. Dies ist aber keineswegs für den Fall gesagt, wenn ein Sohn zum Besten seiner Geschwister auf die Erbschaft verzichtet. Cit. l. 8 D. 28. 8 (cf. Anm. 18).

Dem Minderjährigen läuft jene Frist erst vom Ende seiner Restitutionsfrist an, ist also nach Römischem Recht mit dem 32sten Jahre abgelaufen[19].

D. Wird ein suus wegen Schulden des Vaters belangt, so braucht er nicht zu beweisen, daß er von der Erbschaft abstinirt habe. Dies kann er noch jetzt thun. Er kann es sogar noch, nachdem er bereits verurtheilt ist. Cit. l. 44 D. 42. 1 (cf. Anm. 31).

Nur dem Kläger bleibt der Beweis, daß er früher die Erbschaft angenommen habe (cf. Mühlenbruch l. c. S. 392 ff.).

E. Wenn ein impubes (der trotz der Immixtion abstiniren kann) abstinirt, nachdem der Vormund die Erbschaft schon angenommen hat,

---

18) L. 8 D. 28. 8: Si quis suus heres, posteaquam se abstinuerit, tunc petat tempus ad deliberandum, videamus, an impetrare debeat? Magisque est, ut ex causa debeat impetrare, quum nondum bona venierint.

19) Const. 6 Cod. 6. 31: Si quis suus ... recusaverit paternam hereditatem, deinde maluerit eam adire, .. sancimus, si quidem res jam venditae sint, ut nullus aditus ei ad hereditatem reservetur; quod et antiquitas observabat. Sin autem vel minor est, vel in utili tempore constitutus: tunc post completum quadriennium, ... aliud triennium ei indulgeri, intra quod potest, rebus in suo statu manentibus, adire hereditatem, et suam abdicationem revocare. Quo tempore transacto, nullus aditus penitus ad paternam hereditatem ei reservetur, nisi forte eo adhuc in minore aetate constituto res venditae sint. Tunc etenim per in integrum restitutionem non denegatur ei, adire hereditatem et res recuperare et creditoribus paternis satisfacere.

Digitized by Google

so bleiben alle Administrationshandlungen gültig, welche der Vormund inzwischen formell gültig und bona fide mit der Masse vorgenommen hat[20]. Dies gilt jedoch nicht von Vermächtnissen, welche der Vormund bezahlt hat. Die Concursgläubiger können vielmehr die gezahlten Vermächtnisse mit einer condictio indebiti zurückfordern. Das Gleiche gilt, wenn ein Minderjähriger gegen die immixtio in integrum restituirt wird[21].

F. Für einen impubes suus kann der Vormund abstiniren. Heute wohl auch für den minderjährigen pubes: „Tutor abstinere potest pupillum a patris hereditate" sagen die Quellen. Cit. l. 44 D. 42. 1 (cf. Anm. 31).

G. Ein suus, der durch die Bedingung „si volet" oder durch eine Potestativbedingung aus einem necessarius in einen voluntarius heres umgewandelt ist, hat keinen Anspruch auf das beneficium abstinendi[22].

H. Das jus abstinendi ist ein beneficium. Gleich andren Beneficien geht es daher auf die Erbeserben über und zwar nicht nur auf die sui, sondern auch auf die extranei des suus heres[23].

---

20) L. 44 D. 29. 2: Quoties pupillus patri heres extitit, et abstinet se ab hereditate, quamvis patris bona sub creditoribus fiant, tamen rata haberi debent, quaecunque pupillus bona fide gesserit. Et ideo ei, qui fundum tutore auctore a pupillo emerit, succurrendum erit, nec interest, pupillus solvendo sit, necne.

L. 6 § 1 D. 42. 5: Si pupillus, antequam abstineret, aliquid gesserit: servandum est; utique si bona fide gessit.

21) L. 1 § 4 D. 36. 4: Tunc ante aditam hereditatem satisdandum de legatis est, quum adhuc dubium est, an hereditas adeatur. Ceterum, si certum sit, repudiatam vel omissam hereditatem, vel abstentos necessarios heredes: frustra hoc Edictum imploratur, quum certum sit, legatum vel fideicommissum non deberi.

L. 5 D. 12. 6: Nec novum est, quod alius solverit, alius repetat. Nam et, quum minor XXV annis, inconsulte adita hereditate solutis legatis, in integrum restituitur: non ipsi repetitionem competere, sed ei, ad quem bona pertinent, Arrio Titiano rescriptum est.

L. 22 D. 4. 4: In integrum vero restitutione postulata adversus aditionem a minore factam: si quid legatis expensum est, vel pretia ... a minore refundenda non sunt. Quemadmodum per contrarium, quum minor restituitur ad adeundam hereditatem: quae antea gesta erunt per curatorem bonorum, decreto Praetoris ad distrahenda bona ... constitutum, rata esse habenda, ... rescripserunt.

22) Cit. l. 86 § 1 D. 28. 5 (cf. Anm. 10).

23) L. 7 § 1 D. 29. 2: Si filius, priusquam sciret, se necessarium extitisse patris heredem, decesserit relicto filio necessario:

Digitized by Google

Letztres hat man mit Unrecht bestritten (cf. Vangerow im civil. Arch. l. c.).

II. Welches sind die rechtlichen Folgen, wenn der suus vom beneficium abstinendi Gebrauch macht?

Durch den Gebrauch dieser Rechtswohlthat wird dem Abstinirenden zwar nicht de jure seine Erbesqualität, das nomen heredis, abgenommen. Im practischen Erfolge aber wird er so gestellt, wie wenn er nie Erbe geworden wäre, sondern als extraneus die Erbschaft ausgeschlagen hätte[24]. Er behält nur das nudum nomen heredis. Er ist Erbe, qui rem non habet. Cit. l. 2 § 8 D. 38. 17 (cf. Anm. 35). Einzelne Folgerungen aus diesen zusammenwirkenden Grundsätzen (cf. l. 12 pr. D. cit. l. 30 § 10 D. cit. sub Nr. II. D.) sind:

A. Die Klagen aus Erbschaftsforderungen und Schulden werden ihm und gegen ihn verweigert. Vermächtnisse braucht er nicht zu leisten[25]. Cit. l. 57 pr. D. 29. 2 (cf. Anm. 14).

B. Auch die Verbindlichkeiten, welche Miterben als solchen gegen Miterben obliegen, fallen bei ihm weg, weshalb er denn auch nicht zur Collation verbunden ist[26].

C. Seine durch Confusion erloschenen Rechte leben kraft der Abstention wieder auf: Pupillis, quos placuit ab oneribus hereditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet". L. 87 § 1 D. 29. 2.

---

permittendum est nepoti, abstinere se avi hereditate, quia et patri ejus idem tribueretur.

Cit. const. 19 Cod. 6. 30 (cf. § 56 u. Mühlenbruch Bd. 42 S. 348—354.)

24) L. 12 pr. D. 11. 1: . . hunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco.

L. 89 D. de leg. I.: . . Praetor . . permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se . . . manifestum facit, id jus se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundae hereditatis habuissent.

25) L. 99 D. 29. 2: Aristo refert: quum duae filiae patri necessariae heredes extitissent, altera se . . abstinuerat, . . . Sanctum . . Praetorem causa cognita actiones hereditarias . . denegaturum ei, quae se abstinuerat.

L. 12 D. 28. 6: Jus dicenti propositum est liberos oneribus hereditariis, non sponte susceptis, liberare . . . Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis praestari debent.

26) L. 9 D. 37. 7: . . si sua heres filia . . . contenta dote, abstineat se . . . non compelli (eam conferre).

Digitized by Google

D. „Non est sine herede, qui suum heredem habet, licet se abstinentem“ sagt l. 30 § 10 D. 40. 5. Dieser Satz hat die Folge, daß einzelne testamentarische Verfügungen in Kraft bleiben, die zu ihrer Wirksamkeit das Dasein eines Erben voraussetzen:

1. Die Pupillarsubstitution, die secundae tabulae (cf. § 46). Wie wir oben sahen, ist die Pupillarsubstitution nur dann gültig, wenn die primae tabulae gültig sind, wenn aus ihnen namentlich auch jemand Erbe wird. Titius hat zwei Söhne, beide in seiner Gewalt, einen impubes und einen ältren, der z. B. 26 Jahre alt ist. Letzteren setzt er sich zum einzigen Erben ein. Den impubes nämlich exheredirt er, ernennt demselben aber jenen seinen ältren Sohn zum Erben. Titius stirbt. Ihn beerbt der ältre natürlich ipso jure, während der impubes nicht Erbe wird. Aber der ältre abstinirt sich von der väterlichen Erbschaft.

Würde nun durch die Abstention seine Eigenschaft als Erbe zerstört, so würde das väterliche Testament destitut werden, da ja der impubes nicht Erbe geworden, sonst aber niemand institnirt ist, Titius also ohne Erben sein würde. Die Pupillarsubstitution fiele demnach über den Haufen. Somit könnte denn auch der ältre Bruder den impubes ex secundis tabulis i. e. ex substitutione pupillari nicht beerben.

Allein durch die Abstention wird seine Eigenschaft als Erbe nicht zerstört und die Pupillarsubstitution bleibt in Kraft: den impubes seinen Bruder kann er also allerdings ex substitutione, nämlich durch Antretung, beerben. Dies will l. 41 D. 29. 2 sagen[27], die in den Hauptpuncten ein wenig dürftig gefaßt ist. L. 12 D. 28. 6[28] sagt von einem im Wesentlichen gleichen Falle im Uebrigen zwar dasselbe, sagt aber dabei nicht, ob der Vater den impubes, worauf es hier gerade ankommt, exheredirt oder aber institnirt haben solle. Diese Stelle ist somit nicht beweisend.

---

27) L. 41 D. 29. 2: Filius (jener ältre), qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit et pro herede gesserit: poterit ex substitutione hereditatem (sc. impuberis fratris) obtinere.

28) L. 12 D. 28. 6: Si filius, qui patri (sc. ex primis tabulis) ac postea fratri ex secundis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet.

Digitized by Google

Hieraus folgt nun allgemeiner: Hat jener Titius den ältren Sohn sich zum Erben ernannt, den impubes exheredirt, diesem aber einen Dritten zum Erben ernannt, und abstinirt sich nun der ältre Sohn: so bleiben primae et secundae tabulae gültig und auch der Dritte kann den impubes beerben.

2. Auch Universalvermächtnisse bleiben gültig und wirksam, da es sich mit dem Zweck der Abstention sehr wohl verträgt, daß der Zwangserbe die Erbschaft, welche er selber nicht haben will, einem Andren restituire, der ganz in die Rechte und Verbindlichkeiten eines Erben eintritt[29].

3. Auch die bekannte Strafbestimmung des Edicts gehört hierher, daß, wenn ein testamentarischer Erbe, welcher zugleich Intestaterbe ist, das testamentarische Erbrecht ausschlägt, um ohne die Last der Vermächtnisse ab intestato zu erben, die Vermächtnißnehmer nichts desto weniger von ihm die ihnen gemachten Zuwendungen zu fordern berechtigt sind[30] (s. unten).

III. An wen gelangt der Nachlaß, von dem sich der suus heres losgesagt hat?

A. War eine Substitution angeordnet, so gelangt der Substitut zur Erbschaft[31].

B. Hat der Abstinirende keine Substituten, aber Miterben, so wird seine Portion behandelt, wie wenn sie den Portionen dieser Miterben accrescirt wäre. Cit. l. 44 D. 42. 1. Indessen kann der Miterbe, wenn er zur Zeit der Abstention des suus seinen Theil bereits erworben hat, nicht genöthigt werden, die an-

29) L. 27 § 3 D. 36. 1: Si pater filium, quem in potestate habebat, heredem scripserit, et ab eo petierit, ut hereditatem Sempronio restitueret, isque suspectam sibi esse dicet: poterit ex Trebelliano S. Cto hereditas restitui. Quare, etsi non immiscuerit se hereditati, nihilominus actiones, quae ei et in eum competebant, ad Sempronium transferentur.

30) L. 1 § 7 D. 29. 4: Qui sunt in potestate, statim heredes sunt ex testamento, nec quod se abstinere possunt quidquam facit. Quod si postea miscuerunt, ex testamento videntur heredes: nisi, si abstinuerint quidem se testamento, verum ab intestato petierint B. Pionem. Hi enim incident in Edictum.

31) L. 44 D. 42. 1: Ex contractu paterno actum est cum pupilla, tutore auctore, et condemnata est. Postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis. Et ita bona defuncti ad substitutum vel ad coheredes pervenerunt.

Digitized by Google

wachsende Portion des abstinirenden suus mit ihrer Belastung anzunehmen. Er hat vielmehr die Wahl, entweder sich die Anwachsung derselben gefallen zu lassen oder aber auch von derjenigen Portion zurückzutreten, die er bereits erworben hat. Er erlangt gleichsam ein jus abstinendi, nämlich ex persona tertii[32].

Dasselbe findet Statt, wenn der Miterbe nicht heres directus ist, sondern nur, in Folge eines Universalvermächtnisses an einem Theile der Erbschaft, Universalvermächtnißnehmer. Cit. l. 79 D. 36. 1 (cf. Anm. 37).

Ist der Miterbe, welcher seinen Theil bereits erworben hatte, zur Zeit der Abstention bereits mit Tode abgegangen, so hat sein Erbe dasselbe Recht[33]. Hat dagegen der Miterbe zur Zeit der Abstention des suus seinen Theil noch nicht erworben, so muß er, wenn er nach der Abstention antritt, bez. wenn er selber ein suus ist, sich immiscirt, sich den Anfall der durch die Abstinenz erledigten Portion ohne Rücktrittsrecht gefallen lassen[34].

C. Sind weder Substituten ernannt, noch Miterben oder Mitdelaten vorhanden, so treten die nachstehenden Intestaterben ein[35].

---

32) L. 55 D. 29. 2: Quum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi, sive suo sive extraneo, defertur, ut aut totam agnoscat, aut a tota recedat. Et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat.

33) L. 56 D. 29. 2: Si is, qui immiscuit se hereditati, decessisset, deinde alter se abstinet: eadem conditio deferenda est heredi ejus, quae et ipsi....

34) L. 38 D. eod.: Si duo sint necessarii heredes, quorum alter se abstinuit, alter, posteaquam prior abstinuit, immiscuit se: dicendum est, hunc non posse recusare, quominus tota onera hereditaria subeat. Qui enim scit, aut scire potuit, illo abstinente se oneribus fore implicitum, ea conditione adire videtur.

35) Const. 6 Cod. 6. 58: Defunctis, suis exstantibus heredibus et abstinentibus vel repudiantibus hereditatem, frater jure consanguinitatis (i. e. ab intestato) succedere potest.

L. 6 § 2 D. 38. 2: Si filius liberti, heres ab eo institutus, abstinuerit quamvis nomine sit heres, patronus admittitur.

L. 2 § 8 D. 38. 17: Sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertineat: videamus, an mater (sc. defuncti) admittatur, utputa abstinuit se (sc. illi) hereditate. Africanus ... tentant dicere: in casu, quo se abstinent sui, matrem venire. Et tunc ei obstent (sc. illi), quoties rem haberent (sc. matri): ne nudum nomen sui heredis noceat matri. Quae sententia aequior est.

Digitized by Google

Ist ein suus im Testament eingesetzt und abstinirt sich vom Testament, so kann er selber noch zur Intestaterbfolge gelangen[36].

Daß in Folge der Abstinenz des suus auch die nachstehenden Intestaterben zur Erbschaft kommen können, ist bestritten; indem Einige die const. 6 Cod. cit. durch gezwungene Auslegung beseitigen und die andren Stellen als bloße Ausnahmen ansehen (cf. Witte im Rtsl. l. c. S. 867 ff., dagegen Mühlenbruch l. c. S. 368 ff.). Indessen kann im Interesse des unmündigen Erben (nach heutigem Recht wohl auch des minderjährigen) der Richter nach erfolgter Abstention auch den Verkauf der Erbschaft anordnen, um ihm den sich ergebenden Ueberschuß zuzuwenden[37] (cf. Arndts § 511 Anm. 6).

E. Von den Transmissionen.

§ 56.

1. Allgemeine Grundsätze.

Cod. de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt (6. 52). Nov. 158 (unglossirt).

Bucher, De jure transmissionis. Marburg. 1805. Steppes, Die Transmission der Erbschaft nach Röm. Recht. München 1831. Buchholtz, Ueber den Einfluß der Zeit auf Antretung, Transmission und Ausschlagung des Erben (zu Const. 19. 22 Cod. de jure deliber. und Const. 36 Cod. de inoff. test.) in der Gießner Zeitschrift Bd. X. Nr. 10. Thibaut, Gehen die Erben des während der Deliberationszeit verstorbenen Erblassers dem Substituten vor, oder nicht? gegen Crell in s. Versuch I. 13. Derselbe, Bestreitung der bisherigen Theorieen über das Antretungs-Deliberations- und Transmissions-Recht des Erben. Das. II. 7. Buchholtz, In welchen Fällen wird eine Erbschaft transferirt? in s. jurist. Abhdlg. Nr. 2. Scheurl Beitr. S. 100 ff. Arndts § 512. Puchta § 502. Brinz § 195. Sintenis § 204. Böcking Grdr. III. B. § 94. Mühlenbruch-Glück Bd. 43 S. 143—243. Roßhirt testam. Erbr. Bd. II. S. 191 ff. Mayer Erbr. Bd. I. § 113—115 ff. Göschen § 941. Müller S. 691. Vangerow § 491. Vering S. 502—504. Keller Instit. § 314. Pand. § 528. Heimbach im Rtsl. Art. Transmission Bd. IX. S. 511—535.

Ueber die Frage, in wiefern ein Erbe, wenn er stirbt, sein Recht auf die Erbschaft auf Andre überträgt, transmissio im weitren Sinne, gelten folgende Grundsätze:

---

36) Cit. l. 1 § 7 D. 29. 4 (cf. Anm. 30).

37) L. 6 pr. D. 42. 5: Si non expedierit pupillo, hereditatem parentis retinere: Praetor bona defuncti venire permittit, ut, quod superaverit, pupillo restituatur.

L. 79 D. 36. 1: Si pupillus parenti suo heres extitit, et fideicommissam hereditatis partem restituit, mox abstinetur paterna hereditate: optio deferenda est fideicommissario, ut aut portionem pupilli agnoscat aut toto discedat, aut omnimodo bona vendenda sunt, ut id, quod superfluum est, pupillo servetur.

Digitized by Google

I. Hat jemand eine ihm deferirte Erbschaft erworben, so geht mit dem Augenblick der Erwerbung dieselbe über in sein übriges Vermögen und bildet einen integrirenden Theil desselben. Stirbt er daher nach der Erwerbung, so geht die Erbschaft mit seinem übrigen Vermögen an seine Erben über: „Hereditas **acquisita** semper transmittitur ad heredes".

Hieraus folgt zweierlei:

A. Hereditas adita i. e. aditione acquisita transmittitur ad heredes.

B. Hereditas, sine aditione acquisita a suo herede, transmittitur ad ejus heredes.

Letztre Transmission nennt man die transmissio ex capite suitatis. D. h. erlebt ein suus heres nur die Delation der hausväterlichen Erbschaft: so trägt er sie stets, auch wenn er augenblicklich nachher stirbt, auf seine Erben über[1], weil er sie ja im Moment der Delation ipso jure erwarb. Mit Unrecht hat man diese transmissio zu den Transmissionen im engren Sinn gezählt. Eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Transmissionsrecht engeren Sinnes liegt allerdings darin, daß der suus heres das beneficium abstinendi auf seine Erben transmittirt; successio in beneficium abstinendi[2].

II. Hatte der Erbe zur Zeit seines Todes die zu erwartende Erbschaft noch nicht erworben und zwar:

A. Dieselbe ist ihm noch gar nicht deferirt gewesen, er stirbt z. B. vor dem Erblasser, oder während des Schwebens der Bedingung, unter der er eingesetzt ist u. dgl.: so wird er stets so behandelt, als hätte er nie existirt. Seine Hoffnung auf die Erbschaft trägt er also nicht über auf seine Erben. Hier gilt der Satz: Hereditas **nondum delata** non transmittitur in heredes.

---

1) Const. 8 Cod. 6. 55: Apud hostes patre defuncto, filia communis vobis, quo casu mortis scientia non postulatur, heres exstitit sua, et ad te transmittit successionem.

L. 19 § 2 D. 49. 17: Filiusfamilias .... de peculio castrensi fecit testamentum. Et, dum ignorat, patri se suum heredem extitisse, decessit. Non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse ... Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit.

2) Cit. 7 § 1 D. 29. 2 (cf. § 55 Anm. 23).

Digitized by Google

B. Die Erbschaft war aber bereits deferirt. Hier muß man weiter unterscheiden.

1. Der Delat schlägt die Erbschaft aus. Dadurch wird die geschehene Delation durchaus aufgehoben. Die Erbschaft ist nicht nur für ihn, sondern auch für seine Erben verloren (cf. § 54 Nr. 6).

Nur in einem einzigen Falle, wenn nämlich ein verpflichtungsfähiges Hauskind eine ihm von einem Dritten deferirte Erbschaft ausschlägt, geht sein Antretungsrecht (Recht aus der Delation) auf seinen Hausvater über[3] (cf. § 52 Nr. I. C.). Es geht nun zwar auf ihn über, nicht aber auf seine Erben. Zu seinen Erben würde z. B. auch die Mutter gehören. Auch geht es auf ihn über bei des Sohnes Lebzeiten. Der Hausvater ist vielmehr ein zwischen dem eingesetzten Hauskinde und seinem etwaigen Vulgarsubstituten eingeschobener gesetzlicher Substitut.

Im vorjustinianischen Rechte war außer diesen noch ein andrer Fall anerkannt, in dem unter Lebenden das Antretungsrecht von dem ursprünglichen Delaten auf einen Dritten übertragen ward: Die legitima hereditas konnte der Delat vor der Antretung einem Dritten in jure cediren und dadurch das Antretungsrecht auf ihn übertragen[4] (cf. § 81 Nr. V. 1.).

2. Der Delat stirbt, ehe er sich über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft erklärt hat. Hier gilt Folgendes:

a. Die Delation gewährt dem Delaten zwar ein vermögensrechtliches Recht, nämlich auf Erwerbung, auf Zueignung der Erbschaft, ein jus occupandi oder acquirendi, nämlich jus occupandi here-

---

3) Const. 8 pr. Cod. 6. 61: Sancimus itaque, in omnibus rebus, quae effugiunt . . . dominii acquisitionem, sed ususfructus tantummodo patri offertur . . . a filiofamilias . .: si pater adire filiumfamilias integrae aetatis compellit, et ille reclamandum existimat . . . liberam habere licentiam et patrem ipsum, sibi adire hereditatem, recusante filio, et omne sive damnum sive lucrum in suam habere fortunam; nullo ex hoc praejudicio filio generando (cf. Fortsetzung dieser Stelle im § 52 Anm. 6).

4) Gaj. II. § 34—35: Si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, i. e. antequam heres extiterit, perinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. § 36. Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in jure cedendo nihil agit.

Digitized by Google

ditatem. Allein dies Recht ist personen- und familienrechtlicher Natur, und daher ein persönliches Recht, welches nicht nur inter vivos unübertragbar, sondern in der Regel wenigstens auch unvererbbar ist (cf. § 4 Nr. I. 1. § 19 Nr. I.).

Die Berufung des Delaten erfolgt entweder aus persönlichen Rücksichten, namentlich wegen Verwandtschaft, durch das Gesetz, oder aus individuellen, an subjective Voraussetzungen geknüpften, Motiven durch den Willen des Testators. Diese rein persönlichen Rücksichten können möglicher Weise bei den Erben des Delaten nicht vorhanden sein. Daher der Satz: „Hereditas delata, sed nondum acquisita, non transmittitur ad heredes“[5].

Da bei dem suus heres der Fall nicht vorkommen kann, daß eine deferirte Erbschaft noch nicht erworben sei, so beschränkt sich dieser Satz auf die heredes extranei. Da diese aber durch Antretung erwerben, so lautet er bei ihnen: „Hereditas delata, sed nondum adita, non transmittitur ad heredes“.

Wem also eine Erbschaft deferirt ist, der überträgt sein Antretungsrecht nicht auf seine Erben. A. stirbt mit Hinterlassung einer schwangren Frau. Seine nächsten Verwandten sind 2 Brüder, die der Frau 2 Vettern. Nach seinem Tode gebiert die Frau ein Kind, das aber bald nach der Geburt stirbt. Die Mutter, bevor sie den Tod ihres Kindes erfahren, stirbt ebenfalls. Wer bekommt A.'s Erbschaft? Das

---

5) Const. unic. § 5 Cod. 6. 51: .. Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur. § 13. Quum autem ... non aditam hereditatem minime (nisi quibusdam personis) ad heredes transmitti disposuimus: necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum ... pervenire .. Quodsi hoc non sit: vel ab intestato successores eam suscipiant, vel, si nulli sint ... ad nostrum aerarium devolvatur.

§ 2 I. 2. 17: .. Si quis .. post mortem ejus (i. e. testatoris), antequam hereditatem adiret, decesserit .. paterfamilias intestatus moritur.

Const. 7 Cod. 6. 30: Quoniam sororem tuam prius defunctam esse proponis, quam cognosceret, an a fratre sibi aliquid hereditatis fuisset relictum: manifestum ... est, antequam pro herede gereret vel B. Pionem admitteret defuncta successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere. (Der Fall scheint so zu liegen jemand hat Kinder, außerdem eine Schwester und einen Bruder. Die Schwester instituirt er zu etwa ⅓, den Bruder nicht. An diesen Bruder ist das Rescript gerichtet. Er ist also nicht nächster Intestaterbe des Testators.)

Digitized by Google

Kind hat als suus ipso jure die Erbschaft des Vaters erworben. Der Mutter ist des Kindes Erbschaft zwar deferirt, aber sie hat dieselbe nicht angetreten. Sie hat nicht einmal die Delation derselben erfahren. Auf die Erben der Mutter, deren 2 Vettern, ist daher die Delation nicht transmittirt. Es tritt vielmehr eine neue Delation ein. Nachdem die Delatin, die Mutter, nicht antrat, wird des Kindes Erbschaft dessen nächstfolgenden Intestaterben deferirt, d. i. den 2 Brüdern seines Vaters.

b. Im Laufe der Kaiserzeit hat man von dieser Regel wichtige Ausnahmen aequitatis causa gebildet. Diese Ausnahmen bilden die Fälle, in denen ein Delat sein Antretungsrecht bald auf seine Erben, bald auf dritte Personen überträgt, so daß diese dann sein Recht, die Erbschaft anzutreten und zu erwerben, für sich ausüben können. Diese Fälle bezeichnen wir durch successio in delationem, oder transmissio im engren Sinne, d. h. Uebertragung des Rechts, eine deferirte Erbschaft anzutreten, auf Erben oder auf Dritte.

Durch die Ausbildung dieser eigentlichen Transmissionsfälle hat nun der Grundsatz: „Hereditas delata, sed nondum adita, non transmittitur ad heredes" schon im Römischen Recht so durchgreifende Modificationen erfahren, daß er im neuesten Recht bereits so gut wie aufgehoben ist. Daher und zugleich unter dem Einflusse der entgegengesetzten Ansichten des Germanischen Rechts haben denn die neueren Gesetzgebungen das Gegentheil jenes Grundsatzes zur Regel erhoben.

Für alle einzelnen Transmissionsfälle gilt Folgendes:

α. Die eigentlichen Transmissionen treten nur mit dem Tode des Delaten ein, nicht inter vivos; z. B. nicht dann, wenn der Delat die deferirte Erbschaft ausschlägt.

β. Die Transmission bewirkt ein Nachrücken in die Delation, eine successio in delationem. Dies ist wohl zu unterscheiden von der oben im § 19 behandelten successiven Delation. Die successio in delationem setzt voraus, daß die erste Delation aufrecht erhalten wird und daß das Recht aus dieser ersten Delation, so wie es der erste Delat hatte, auf den Transmissionserben übergeht. Bei der successiven Delation dagegen ist grade das Umgekehrte der

Digitized by Google

Fall, d. h. die erste Delation ist unwirksam. Jede successive Delation ist eine erneute Delation.

Gleichwie die transmissio ex capite suitatis keine eigentliche Transmission ist: ebenso wenig ist es eine solche Transmission, sondern, gleich dem Accrescenzrecht, nur eine Folge der Vermögenseinheit des Nachlasses, daß derjenige, welcher auf Einen Erbtheil bedingt, auf einen anderen unbedingt eingesetzt ist, nach erfolgter Erfüllung der Bedingung, wenn solche vor seinem Tode erfolgte, den bedingt deferirten Theil ipso jure et ignorans erwirbt und ihn auf seine Erben überträgt, nachdem er den unbedingt deferirten angetreten hat. Cit. l. 59 § 6 D. 29. 2. L. 53 pr. D. eod. (cf. § 52 Anm. 42. 47. Vering S. 503).

γ. Der successor in delationem oder Transmissionsdelat schließt das Accrescenzrecht der Miterben des verstorbenen Delaten, sowie dessen Substituten und die Intestaterben aus[6]. Dies liegt in der Natur der Transmission. Der Transmissionsdelat repräsentirt den ursprünglichen Delaten. Seine Antretung repräsentirt die des Hauptdelaten. Es ist, als habe dieser selber angetreten. Die Ausschließung des Substituten insbesondre folgt schon daraus, daß die Substitution eine neue Delation voraussetzt, bei der transmissio dies aber nicht der Fall ist, da sie eben eine successio in delationem ist.

δ. Nicht nur der Institut transmittirt, sondern auch jeder Substitut. Der letzte Substitut schließt noch Accrescenzrecht und Intestaterben aus.

ε. Jeder Erblasser kann die Transmission verbieten. Indirect thut er dies schon dann, wenn er dem Delaten die Selbstantretung zur Bedingung macht.

§ 57.

2. Die einzelnen Transmissionsfälle.

Marezoll, Zur Lehre von den sog. Transmissionsfällen in der Gießner Zeitschr. Bd. II. Nr. 3. **Löbenstern**, Erörterung einiger Rechtsfragen aus dem Gebiete des Erbr. Das. Bd. IX. Nr. 7. **Vangerow**, Zur Lehre von den sog. Transmissionsfällen. Erster Beitrag. Transmissio Justinianea im civil. Arch. Bd. XXIV. Nr. 5. Zweiter Beitrag. Transmissio

6) Const. unic. § 13 Cod. 6. 51 (cit. in Anm. 5) per argumentum a contrario.

Digitized by Google

Theodosiana. Das. Bd. XXV. Nr. 14. Niemeyer, De transm. Theod. Hal. 1812. Diehl, De transm. Theod. Heidelberg. 1814. Wolff, De transm. Theod. diss. inaug. Marburgi 1853. Löhr (Transmissio Theod.) in der Gießn. Zeitschr. N. F. Bd. 1. Nr. 3. Derselbe (Transmissio Theod.) im civil. Arch. Bd. II. 14. 7 und über Const. 8 Cod. 6. 61. Das. 14. 3. Huschke, Ueber die sog. transm. Theod. in der Gießner Zeitschr. Bd. IX. Nr. 2. Wiedding, Die Transmission Justinian's. Leipzig 1859. Schäffer's Arch. Bd. II. S. 504 ff. Seuffert's Arch. Bd. II. Nr. 311. V. Nr. 33. VI. Nr. 233. VII. Nr. 70. Arndts § 513—516. Puchta § 503—504. Brinz § 195. Holzschuher S. 687—793. Sintenis § 204. Böcking Grdr. III. B. § 95. Göschen § 942—945. Bering S. 504—509. Keller § 528. Heimbach im Rtl. Bd. IX. S. 512—532 (cf. auch die zu § 56 cit. Schriftsteller).

Wir unterscheiden hier zwei Gruppen:

I. Die Fälle, in denen der versterbende Delat sein Antretungsrecht auf dritte Personen überträgt, ganz unabhängig von der Voraussetzung, ob sie seine Erben werden oder nicht.

II. Die Fälle, in denen der versterbende Delat sein Antretungsrecht auf diejenigen Personen transmittirt, welche seine Erben werden.

Ad I. gehören:

A. Die transmissio ex capite infantiae seu ex jure patrio.

Ist ein infans zum Erben eingesetzt, so ist nach ältrem Recht eine Antretung unmöglich, weil solche einen Stellvertreter ausschließt (cf. § 52 sub Nr. III.). Dieser Zustand, in welchem weder angetreten, noch ausgeschlagen werden kann, dauert 7 Jahre. Das Kind kann leicht darüber hinsterben und dann bekommen seine Erben nichts.

Erst Theodosius II. und Valentinian III. griffen hier ein durch const. 18 Cod. 6. 30 v. J. 426 p. Chr. Wird hiernach einem Hauskinde, das noch infans ist, die Erbschaft eines Dritten, z. B. seiner Mutter, deferirt, so darf, so lange das Kind lebt, der Vater oder Vormund sie für das Hauskind antreten. Cit. const. 18 pr. § 2 Cod. (cf. § 52 Anm. 36). Hier ward nunmehr also Stellvertretung zugelassen. Stirbt aber das Kind als infans, ohne daß die Antretung erfolgt ist, so darf der Vater (Großvater) proprio jure sie für sich antreten und behalten[1] und zwar gleichviel, ob das Kind noch in seiner Gewalt ist, oder etwa nicht mehr[2].

1) Cit. const. 18 § 1 Cod. 6. 30 (cf. § 52 Anm. 5).

2) Const. 18 § 3 Cod. eod.: Ea . . quae de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt, et si quacunque causa sui juris idem infans inveniatur.

Digitized by Google

Dies gilt also auch, wenn der Vater gar nicht Erbe des Kindes geworden ist. Es ist ein positives jus paternum, eine singuläre Bestimmung, die Justinian nicht aufgehoben hat. Dies singuläre Recht wollen Einzelne, namentlich Arndts, indeß sehr mit Unrecht, auch auf den Fall ausdehnen, wenn einem geisteskranken oder einem abwesenden Hauskinde, das infantia major ist, eine Erbschaft deferirt war (cf. Arndts § 513 Anm. 1; Mühlenbruch Bd. 43 S. 199—204.

B. Die transmissio Theodosiana sive ex jure sanguinis. Sie beruht auf const. unica Cod. 6. 52: de his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt, einer Constitution von Theodosius II. vom Jahre 450 p. Chr. Diese Verordnung[3] wird erst verständlich durch ihren Zusammenhang mit der lex Julia et Papia Poppaea. Diese bestimmte unter Andrem: Ein heres pro parte institutus darf die Erbschaft gar nicht antreten, ehe das Testament feierlich eröffnet ist, ante apertas tabulas, gesetzt er wüßte auch, zu welchem Theile er im Testamente instituirt sei[4]. Stirbt er vorher, so kann er natürlich weder erwerben, noch auf seine Erben transmittiren. Sein Erbtheil soll vielmehr an den fiscus fallen, d. i. caducum werden.

Dies fiscalische Gesetz war verhaßt. Theodosius glaubte daher eine Milderung eintreten lassen zu müssen zu Gunsten der instituirten Descendenten (habeant solatium tristitiae suae). Von jener Beschränkung machte er nämlich folgende Ausnahme: Wenn jemand durch Testament seine Descendenten oder einen derselben zu Erben einsetzt, und letzterer nach ihm, aber ante apertas tabulas stirbt, so soll er, mag er um die Erbeinsetzung gewußt haben,

3) Const. unic. Cod. 6. 52: . . jubemus . . in posteros filios . . nepotes . . a patre vel matre . . scriptos heredes, licet non sint invicem substituti, seu cum extraneis seu soli sint instituti, et ante apertas tabulas defuncti, sive se noverint scriptos heredes, sive ignoraverint: in liberos suos, cujuscunque sint . . . gradus, derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere, memoratasque personas . . . nulla hujusmodi praescriptione obstante, sibi tanquam debitam vindicare. Quod scilicet etiam super legatis seu fideicommissis, a patre vel a matre . . relictis, locum habet . . . Habeant vero solatium tristitiae suae, quibus est merito consulendum.

4) L. 1 § 4 D. 22. 6: . . si ex asse heres institutus non putet se B. Pionem petere posse ante apertas tabulas . . .

Digitized by Google

oder nicht, sein Antretungsrecht auf seine eignen Descendenten (daher transmissio ex jure sanguinis genannt) transmittiren, mögen sie seine Erben werden oder nicht.

Zu Theodosius' Zeiten hatte diese Constitution einen wohlthätigen Sinn. Weniger, nachdem Justinian alle Caducität aufgehoben hatte[5]; gleichwohl aber bestätigte[6] er jene Anordnung ausdrücklich. In einigen Fällen kann dieselbe für die Descendenten des verstorbenen Delaten immerhin freilich noch von Interesse sein (cf. Arndts § 514 Anm.3. Vangerow im civil. Arch. Bd. 25 S. 443 ff. Wolff l. c. S. 11 ff.).

Die im Einzelnen freilich sehr bestrittene Rechtstheorie dieser Transmission (cf. besonders Vangerow im civ. Arch. Bd. 25 Nr. 14. Arndts § 514 Anm. 3) ist folgende:

1. Unter den instituirten Descendenten haben wir uns nur solche zu denken, die nicht sui des Erblassers sind, weder mediati, noch immediati, vielmehr Emancipirte oder Tochterkinder. Denn die sui erwerben ja die Erbschaft ipso jure und transmittiren bei ihrem Tode schon ex capite suitatis (cf. § 56 Nr. I.). Außerdem fallen jedoch auch solche sui unter diese Theodosianische Transmission, welche unter der Bedingung: „si volet" eingesetzt sind; denn auch diese erben nicht ipso jure (cf. § 55 init.).

2. Stirbt ein eingesetzter emancipatus oder Tochtersohn nach dem Testator, ohne angetreten zu haben, so nützt seinen Kindern die Transmission. Denn Notherben des Testators sind sie dann nicht. Ohne die Transmission würde also der Erbtheil ihres Vaters dessen

---

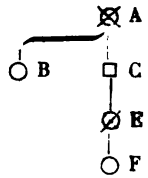
5) Const. unic. § 1 Cod. de caducis tollendis 6. 51: Quum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia ab aditionibus . . . sumsit, et ideo, non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum, dies cedere legatorum senatus consulta, quae circa legem Papiam introducta sunt, concesserunt, ut, quod in medio deficiat, hoc caducum fiat: primum hoc corrigentes et antiquum statum renovantes, sancimus: omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem similique modo legatorum . . diem a morte testatoris cedere.

6) Const. unic. § 5 Cod. 6. 51: In novissimo autem articulo, ubi proprie caduca fiebant, . . . etiam clausis tabulis . . heredes posse adire . . censemus et dies legatorum . . a morte defuncti cedere. Hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super hujusmodi casibus introducta loquitur . . .

Digitized by Google

Miterben accresciren. (Notherbe ist nur, wer moriente testatore dessen descendens immediatus ist, nicht wer erst durch einen nachfolgenden Todesfall es wird. cf. Notherbfolge.)

3. Stirbt der eingesetzte Sohn schon vor dem Testator, so nützt den Enkeln die Transmission nicht, da sie dann selber Notherben desselben sind. Urenkeln dagegen würde sie auch dann nützen können, z. B.



A. instituirt den B., die C., außerdem einen extraneus und den E. E. stirbt vor A. Hier hat F. kein Notherbenrecht. Ohne Transmission würde daher Accrescenz eintreten. Dem F. nützt also die Transmission.

4. Manche Juristen, namentlich Löhr, haben nun diese transmissio als eine gesetzliche Substitution der entfernteren Descendenten aufgefaßt, nach der die letztren allerdings auch dann würden antreten können, wenn ihr eingesetzter parens schon vor dem Testator verstarb. Hierfür führen sie an:

a. In der cit. const. heiße es allgemein: „et ante apertas tabulas defuncti sint", ohne zu unterscheiden, ob vor oder nach dem Testator.

b. Die Worte: „licet non sint invicem substituti". Man übersetzt diese: „obgleich die entfernteren Descendenten ihren instituirten Ascendenten nicht substituirt sind". Der Gesetzgeber wolle hier also das bewirken, was eine Substitution des Erblassers bewirken würde.

Allein:

Ad a. Die Worte: „derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere" beweisen doch wohl, daß hier der instituirte Descendent nach dem Testator gestorben sein muß. War er noch bei Lebzeiten desselben verstorben, so war ihm keine hereditaria portio derelicta; denn viventis nulla hereditas.

Ad b. Die hier hervorgehobenen Worte beziehen sich gar nicht auf eine Substitution der entfernteren Descendenten, sondern auf eine

Digitized by Google

wechselseitige der instituirten Descendenten selbst. Allerdings sind sie, buchstäblich verstanden, sinnlos. Richtiger aber sind sie ohne Zweifel so zu verstehen, als lauteten sie den nächstfolgenden Worten analog und dem überhaupt nicht sehr correcten Satzbau entsprechend: „seu invicem sint substituti, seu non". Dann drücken sie einfach aus, die Transmission solle vorgehen nicht nur dem Accrescenzrecht der Miterben des verstorbenen Delaten, sondern sogar deren etwa angeordneter Substitution. Nicht also machen sie die Transmission selbst zu einer Substitution.

Außerdem läßt das Wort „transmittere", das Theodosius gebraucht, auf den Römischen Begriff der Transmission einer bereits deferirten Erbschaft schließen. Erst mit dem Tode des Testators aber wird eine Erbschaft deferirt. Endlich theilt Justinian selbst die diesseitige Auffassung. Seine const. unic. Cod. 6. 51 erwähnt der Theodosianischen Transmission nur bei dem eigentlichen caducum in § 5, nicht aber bei dem, was in causa caduci ist, in § 1. Die Theodosianische Constitution wird dabei ausdrücklich als eine Ausnahme von der Rechtsregel dargestellt: „hereditatem nondum aditam non transmitti".

5. Nur a testato, nicht ab intestato wird transmittirt. Stirbt jemand intestatus und ein emancipatus unter seinen Söhnen stirbt nach ihm, ohne die väterliche Erbschaft angetreten zu haben, so transmittirt derselbe sein Antretungsrecht nicht.

6. Nach der cit. const. soll diese Transmission auch für Legate eintreten. Allein nach Justinian sind überhaupt alle Legate, wenn der Bedachte nur den Tod des Testators erlebt, ihm ipso jure zugefallen (s. unten) und werden daher von selbst transmittirt, jedoch auf die Erben, nicht, wie nach Theodosius, auf die Descendenten. Früher fielen Legate, wenn der Bedachte vor der Testamentseröffnung starb, als caduca an den Fiscus. Cit. const. unic. § 5 Cod. 6. 51.

Ad II. gehören:

C. Die transmissio Justinianea sive ex jure deliberandi.

Wenn dem suus heres eine Deliberationsfrist gesetzt ist und er während des Laufes derselben stirbt, so haben seine Erben das Recht, innerhalb des Restes dieser Frist zu abstiniren oder anzunehmen. Dies veranlaßte Justinian im Jahre 529 die sehr umfassende transmis-

Digitized by Google

sio Justinianea für extranei, sowohl für gesetzliche, als Testaments-Erben einzuführen und zwar ganz allgemein für den Fall, daß der Delat stirbt, ohne angetreten oder abgelehnt zu haben[7].

1. Der Delat hatte von der Delation Kenntniß erhalten, starb aber entweder innerhalb der von ihm erbetenen Deliberationsfrist, oder, wenn er sich eine solche nicht erbeten, innerhalb eines Jahres von dem Tage der Kenntniß der Delation. Hier transmittirt er sein Antretungsrecht auf seine Erben so, daß diese innerhalb des Restes jener Frist oder jenes Jahres die Erbschaft noch für sich antreten können. Stirbt er nach jenen Zeiten, so transmittirt er nichts. Cit. const. 19 Cod. 6. 30.

2. Stirbt er, ohne Kunde von der Delation der Erbschaft erhalten zu haben, so war streitig, ob hier den Erben noch ein volles Jahr zur Antretung zustehe oder gar keine successio in delationem. Die gewöhnliche Meinung nimmt das Letztre an, weil Justinian's Worte voraussetzen, daß der verstorbene Erbe wirklich den Anfall erfahren hat und thatsächlich deliberirt.

In neuerer Zeit hat jedoch Vangerow im civil. Arch. Bd. 24. Nr. 5 S. 153 ff. nachgewiesen, daß der Erbe auch in diesem Falle allerdings sein Antretungsrecht transmittirt, aber nur dann, wenn er

---

7) Const. 19 Cod. 6. 30: Quum in antiquioribus legibus . . . invenimus, filiasfamilias, hereditatem paternam deliberantes, posse et in suam posteritatem hanc transmittere . . . eam deliberationem et in omnes successores . . . duximus esse protelandam. Ideoque sancimus: si quis, vel ex testamento vel ab intestato vocatus, deliberationem meruerit, vel, si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat: praedictum arbitrium in suam successionem transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et sic quidem is, qui, sciens, hereditatem . . . sibi esse delatam, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam . . ei cognitum sit, heredem eum vocatum esse, annali tempore translapso, nihil fecerit, ex quo vel adeundam, vel renuntiandam hereditatem manifestaverit: is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur. Sin autem instanti annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus . . . relinquat. Quo completo nec heredibus ejus alius regressus in hereditatem habendam servabitur.

Digitized by Google

innerhalb eines Jahres stirbt. Dann können seine Erben in der von diesem Jahre noch übrigen Zeit für sich antreten.

Vangerow l. c. S. 191 ff. rechnet dies Jahr vom Todestage des Delaten. Hierin ist ihm schwerlich beizustimmen. Die cit. const. 19 entscheidet hierüber nicht. Allein es ward Justinian selbst ein Fall dieser Art vorgelegt und diesen entschied er in Nov. 158, unter Berufung auf seine const. 19 dahin: das Jahr sei zu rechnen vom Augenblicke der geschehenen Delation. Diese Novelle ist nun zwar nicht glossirt, allein man sieht doch aus ihr, in welchem Sinne Justinian selber seine Constitution nahm. Als Interpretationsmittel aber ist auch eine nicht glossirte Novelle zu benutzen.

Die testamentarische Anordnung einer Antretungsfrist wirkt gleich einer Bedingung. Durch Anordnung des Testators kann diese Transmission daher wohl auf eine kürzere Zeit beschränkt, aber nicht über das Jahr hinausgedehnt werden. Es liegt kein Grund vor, die Transmission hier ganz auszuschließen. Auch die l. 72 D. 29. 2[8] steht nicht entgegen. Gegen Mühlenbruch Bd. 41 S. 326 cf. Vangerow l. c. S. 194. Mühlenbruch Bd. 43 S. 224.

D. Transmissio ex capite in integrum restitutionis.

Diese Transmission ist die successio des Erben in dasjenige Antretungsrecht des verstorbenen Delaten, ihres Erblassers, welches durch dessen Nichtantretung,

1. sei es im Augenblick seines Todes,

2. sei es vorher durch Versäumniß einer Antretungsfrist formell verwirkt, also erloschen, gleichwohl aber restituirbar ist, also schlafend noch fortlebt. Insofern ist sie eine wahre Transmission. Im Fall Nr. 2 aber, im Grunde genommen auch im Fall Nr. 1, ist sie zugleich auch eine successio der Erben in das beneficium restitutionis.

Restituirbar aber ist für die Erben das formell erloschene Antretungsrecht des Erblassers dann, wenn derselbe von der Antretung abgehalten war durch Abwesenheit in Staatsangelegenhei-

8) L. 72 D. 29. 2: Si quis ita heres scriptus fuerit: „ut intra certum tempus adeat hereditatem, et si non ita adierit, alius ei substituatur", prior autem heres, antequam adiret, decesserit, nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis exspectare non solet.

Digitized by Google

ten, oder in öffentlichen Angelegenheiten der Gemeinden oder Provinzen.

Bis auf Antoninus Pius ward nur im Fall Nr. 2 restituirt, d. i., wenn der verstorbene Delat, durch Abwesenheit im öffentlichen Interesse von der Antretung abgehalten, eine Antretungsfrist versäumt hatte, namentlich die Frist, welche für Agnition der B. Possessio gesetzt war, wenn er also gestorben war post exactos dies, in quibus B. P. defertur, oder post diem aditionis. In diesem Falle war er bereits selber lädirt; ihm selber stand das beneficium restitutionis zu und man gestattete ja dessen Vererbung. Starb er dagegen während des Laufes der Frist ante exactos dies, quibus B. P. defertur, intra diem aditionis (Fall Nr. 1), so war für ihn selbst das beneficium noch gar nicht natum: die Erben konnten daher auch in kein solches succediren. Sie konnten nicht „ex persona defuncti implorare auxilium restitutionis". Dies war nun für sie offenbar höchst unbillig; denn hatte der Erblasser die Antretungsfrist noch gar nicht versäumt, so sollte man doch ihnen grade um so eher zu Hülfe kommen, als wenn er sie versäumte. Antoninus Pius rescribirte daher: Die Restitution finde Statt, auch wenn der Erblasser die Antretungsfrist noch nicht versäumt hatte. (Fall Nr. 1.)

In diesem Falle Nr. 1 ist nun Folgendes anzunehmen:

Im Augenblicke des Todes des Erblassers sind Delation, jus adeundi und Antretungsfrist erloschen: so daß also der Rest der Antretungsfrist den Erben nicht mehr zu Gute kommt. Das beneficium restitutionis dagegen wird im Augenblicke des Todes des Erblassers für sie geboren. Demgemäß beginnt auch eine volle ordentliche Restitutionsfrist in diesem Augenblicke neu für sie zu laufen: während im Fall Nr. 2 die Erben nur in das bereits vorher geborene beneficium succediren und demgemäß auch nur noch der Rest der Restitutionsfrist ihnen zu Gute kommt.

In Folge der Antoninischen Entscheidung bedarf es jetzt überhaupt nicht mehr des Vorhandenseins einer Antretungsfrist: Alle Fälle, in denen eine solche nicht vorhanden ist, fallen unter Nr. 2. In ihnen läuft den Erben also stets eine volle Restitutionsfrist.

(Zum Verständniß der beiden unten angeführten Beweisstellen diene Folgendes: Die Codexstelle steht auf dem Boden des vor-Au-

Digitized by Google

toninischen Rechts. Die Digestenstelle spricht das Antoninische Recht aus. Zur Digestenstelle: „Qui legationis causa Romae est" ist dort in den Angelegenheiten einer Stadtgemeinde oder Provinz von seiner Heimath abwesend. Er ist legatus einer Provinzialstadt, oder einer ganzen Provinz ad Caesarem; Deputirter, gleichsam Abgeordneter. Solche Abgeordnete genossen manche Vorrechte. Die Erben eines solchen Legaten nun sollen bei der Erbschaft seiner Mutter, die ihm deferirt gewesen war, nach der Entscheidung Antonin's die Restitution haben. Der Jurist des Digestenfragments dehnt dies aus auf die Erben eines Staatsbeamten, des Procurators von Cilicien. Die Worte „sine respectu ejus distinctionis" bedeuten: „ohne Rücksicht darauf, ob der Delat, jener Abgeordnete, gestorben war intra diem aditionis [Fall Nr. 1], oder post diem aditionis [Fall Nr. 2], ob vor oder nach Ablauf der Antretungsfrist") [9].

Wer, durch andre Hindernisse von der Antretung abgehalten, z. B. durch Abwesenheit in Privatangelegenheiten, stirbt, ohne angetreten zu haben: sei es, daß eine Antretungsfrist für ihn vorhanden war, oder nicht und erstren Falls wiederum: sei es, daß er die Frist versäumt, oder aber daß er während des Laufs derselben stirbt, z. B. stirbt, ohne von der Delation überall Kunde erhalten zu haben, „ante vita decedit, quam heredem se institutum cognoscat", auf dessen Erben darf das singuläre Recht der transmissio ex capite restitutionis nicht ausgedehnt werden. Dasselbe ist, wie sich aus dem Ausgeführten ergiebt, seinem ganzen Ursprunge nach ein Privilegium.

---

9) Const. 1 Cod. 6. 51: Si Valerianus, centurio cohortis duodecimae Alpinorum, ante vita decessit, quam B. Pionem acciperet: heres ejus ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita recte implorabit, si Valerianus post exactos dies, quibus B. P. defertur, in militia defunctus est.

Cf. l. 6 D. 4. 1 L. 18 § 5 l. 24 § 2 D. 4. 4.

L. 86 pr. D. 29. 2: Pannonius Avitus, cum in Cilicia procuraret, heres institutus, ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret . . . heredes Aviti . . ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant. Quae stricto jure non competiit (d. i. nach dem ältren Recht, dem vor-Antoninischen), quia intra diem aditionis Avitus abiisset. Divum tamen Pium contra constituisse, Maecianus . . refert in eo, qui legationis causa Romae erat, et filium (rectius in filio), qui matris delatam possessionem absens omiserat sine respectu ejus distinctionis restitutionem locum habere. Quod et hic (sc. in Pannonio Avito) humanitatis gratia obtinendum est.

Cf. l. 30 pr. D. eod.

Digitized by Google

Dessen Erben haben zutreffenden Falls nur die übrigen einzelnen Transmissionsrechte. (Vangerow l. c. Bd. 24 S. 180 ff.)

E. Transmissio ex capite delationis dubiae vel in litem vocatae.

Endlich gehören hierher die beiden schon oben im § 53 sub Nr. I. A. und B. aufgeführten Transmissionsfälle, in denen jemandes prätendirtes jus adeundi entweder zweifelhaft, oder bestritten ist, nämlich wegen Vorhandenseins entweder eines noch ungeborenen oder aber eines vorgeblichen Descendenten des Erblassers. In diesen beiden Fällen tritt die Transmission ein, wenn das zweifelhafte oder bestrittene jus adeundi zwar zu Gunsten des Prätendenten, aber erst nach seinem Tode entschieden ist. Hier bedarf es übrigens einer vorgängigen in integrum restitutio nicht. Die Worte der oben cit. l. 12 D. 37. 10: „heredibus succurrendum est" bedeuten nicht: den Erben ist die Restitution, sondern: ihnen ist die Bonorum Possessio zu ertheilen.

F. Accrescenzrecht bei Erbschaften.

Cod. de caducis tollendis (6. 51). Cod. quando non petentium partes petentibus adcrescant (6. 10).

Sc. Gentilis, De jure accrescendi, in Tractatus de erroribus testamentorum a testatoribus ipsis commissis etc. Argentorati 1669. Nr. 3. Donellus, Comm. jur. civ. Lib. VII. cap. 12. 13. Rossberger, Jus accrescendi ex fontibus jur. Rom. genuinis illustr. Lips. 1827. Baumeister, Das Anwachsungsrecht unter Miterben nach röm. Recht. Tübingen 1829. Mayer, Das Recht der Anwachsung bei dem testam. u. gesetzl. Erbrechte und bei Legaten und Fideicommissen. Tübingen 1835. Puchta, De accrescente portione ejus, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit. Lips. 1842 und in dessen kl. civil. Schriften Nr. 30. S. 545 ff. Nr. 31. S. 552. Schmidt civil. Abhdlg. 1. Nr. 3. Arndts § 517—518. Puchta § 505. Brinz § 196. Sintenis § 203. Holzschuher S. 793—800. Böcking Grdr. III. B. § 116. Mühlenbruch-Glück Bd. 43 S. 243 ff. Göschen § 971. Mayer § 129. Thibaut § 995. Vangerow § 494. Müller S. 693. Vering S. 519—522. Keller § 486. Witte im Rtsl. Art. Anwachsungsrecht Bd. I. S. 270—325.

§ 58.

1. Allgemeine Grundsätze.

Dem Wesen der Universalsuccession, als einer Nachfolge in ein einheitliches, unzertrennbares Ganze, widerspricht es nicht daß mehre Erben zusammen berufen werden und erwerben können. (cf. § 1 Nr. 4.) Die Delation giebt jedem der mehren Erben ein eventuelles Anrecht auf das Ganze des Nachlasses.

Digitized by Google

Heredes succedunt in universum jus defuncti. Jeder berufene Erbe wird gleichsam als auf den ganzen Nachlaß gerufen angesehen und nur durch die zufällige Coexistenz der berufenen Miterben wird er in dem Erfolge seines Erbrechts beschränkt. Solo concursu partes fiunt[1]. Daher kann man mit Recht sagen: Wenn ein mitberechtigter Erbe ausfällt, so liegt hierin für jeden seiner Miterben eine Befreiung von einem Concurrenten in Bezug auf einen Erbtheil, auf den der Miterbe durch seine Berufung zum universum jus defuncti Anspruch gehabt haben würde, wenn der Concurrent von vornherein nicht da gewesen wäre. Durch den Wegfall des Concurrenten behält er nun dasjenige, was er ohne die Concurrenz gleich von vornherein gehabt hätte. Pars coheredi non decrescit.

Dies sogenannte Accrescenzrecht jus accrescendi) ist somit nicht ein Vorrecht des Miterben — bei insolventen Erbschaften ist es ihm sogar nachtheilig — sondern es ist eine nothwendige Consequenz des Rechtssatzes, daß jeder Erblasser ganz beerbt werden muß.

Aus dieser Auffassung ergeben sich von selbst folgende Grundsätze:

I. Das Accresciren geschieht mit rechtlicher Nothwendigkeit, unabhängig vom Willen sowohl des Erblassers, als des Erben. Der Erbe kann nicht dagegen protestiren. Die Accrescenz ist nothwendige Folge des Begriffs der Universalsuccession, also Folge eines höheren Princips[2].

II. Alle Anwachsung geschieht tacite oder ipso jure. Die vacante Portion braucht nicht von Neuem deferirt und ebensowenig besonders angetreten zu werden. In demjenigen Erbtheil, auf welchen die

1) L. 80 D. de leg. III.: Conjunctim heredes institui ... hoc est: totam hereditatem ... singulis datam esse, partes autem concursu fieri.

2) L. 53 § 1 D. 29. 2: Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit; id est, tacite ei deficientium partes etiam invito accrescunt.

L. 35 pr. D. eod.: ... quoniam invito quoque ei accrescit portio.

Const. unic. § 10 Cod. 6. 51: ... quod fuerit ... vacuatum ... coheredibus cum suo gravamine pro hereditaria parte, etiamsi jam defuncti sunt, acquiratur. Et hoc nolentibus ipso jure accrescat, si suas partes jam agnoverint; quum sit absurdum, ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere.

L. 59 § 7 D. 28. 5.

Digitized by Google

Berufung sich zunächst erstreckte, war der accrescirende eventuell bereits enthalten[3]. Cit. const. unic. § 10 Cod. 6. 51.

Wenn der Erbe, welcher seinen Erbtheil antrat, hierauf stirbt und nun erst die Miterben wegfallen, so accresciren die vacant gewordenen Erbtheile noch den Erben jenes verstorbenen Erben, der angetreten hat[4]. Z. B. A., B., C. sind Erben. A. tritt sofort an und stirbt, während B. und C. noch deliberiren, ob sie die Erbschaft antreten wollen oder nicht. Nach des A. Tode schlagen beide aus. Alsdann accresciren ihre Erbtheile den Erben des A. Cit. const. unic. § 10 Cod. 6. 51. Wo ein Erbtheil erworben ist, dahin fallen von selber die anderen etwa vacant gewordenen. Dies sagt der Grundsatz: „Portio portioni, non personae, accrescit". Const. unic. § 10 Cod. cit.

III. Der Testator kann das Accresciren nicht verbieten; denn damit würde er anordnen, die ausfallende Erbportion solle erblos bleiben oder an die Intestaterben fallen. (cf. § 59 Nr. II.)

Beim privilegirten Militärtestament jedoch, bei dem der Satz: „Nemo pro parte testatus etc." nicht gilt, fällt ein vacanter Erbtheil an die Intestaterben, wenn nicht der gegentheilige Wille des Testators klar ist[5]. Der Soldat also kann die Accrescenz verbieten (cf. § 29 Nr. II. 4).

---

3) L. 31 D. 29. 2: Heredi cum postumo instituto reliquae partes accrescunt, quae postumo datae sunt, si certum sit, non esse praegnantem, licet heres ignoret.

L. 2 § 8 D. 37. 11: Si duo heredes sint instituti, Primus . . . . . Tertius . . . quodsi Tertius noluerit . . B. Pionem acquirere, recidit B. P. ad Primum. Nec erit ei necesse petere B. Pionem, sed ipso jure ei accrescet.

L. 76 pr. D. 29. 2.

4) § 4 I. 3. 4: . . et licet ante decesserint, qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet.

L. 9 D. 38. 16: Si ex pluribus . . . heredibus quidam omiserint hereditatem . . reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio. Et licet decesserint, antequam accresceret, hoc jus ad heredes eorum pertinet. Alia causa est instituti heredis et coheredis substituti; huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem ejus sequitur.

L. 26 § 1 D. 35. 1: . . Quum alter pure, alter sub conditione heres scriptus est . . . pars hereditatis deficiente conditione accrescit etiam heredi ejus, cui pure . . hereditas data est, si tamen hereditas ejus adita fuerit.

5) L. 37 D. 29. 1: Si duobus a milite . . . scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videtur decessisse,

Digitized by Google

IV. Das Accresciren ist durchaus subsidiarisch. Durch Transmission, Substitution und Unwürdigkeit wird es ausgeschlossen[6]. (cf. diese verschiedenen Lehren.)

V. Der suus, welcher ipso jure, und der extraneus, welcher durch Antretung Erbe wird, können durch Abstention und restitutio in integrum zwar dem practischen Erfolge nach, nicht aber formell, aufhören Erben zu sein. Daher sind hier die Voraussetzungen der eigentlichen Accrescenz nicht vorhanden. Dennoch findet in beiden Fällen eine modificirte Accrescenz Statt.

A. Abstinirt ein suus, so hat dessen Miterbe, oder auch der Erbe desselben, die Wahl, entweder sich das Accresciren gefallen zu lassen oder seine ursprüngliche Portion wieder aufzugeben. Eine Trennung beider Theile ist nicht gestattet[7].

Dies Wahlrecht fällt aber hinweg, und nur die Accrescenz findet Statt:

1. wenn der Miterbe die Erbschaft erworben hat, nachdem der suus schon abstinirt hat, sofern er dies nur wußte, oder den Umständen nach wissen konnte[8];

2. wenn die Gläubiger erklären, keine Ansprüche an den Erbtheil des suus erheben zu wollen. Hier haftet der Miterbe des suus nach wie vor den Gläubigern nach Verhältniß seines ursprünglichen Erbtheils, behält aber den anwachsenden Erbtheil ganz frei daneben. (L. 55 D. cit. cf. Vangerow l. c. Anm. a. Vering S. 521. Puchta l. c. S. 560.)

---

quia miles et pro parte testari potest . . nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem.

6) Cit. const. unic. § 13 Cod. 6. 51 (cf. § 56 Anm. 5).

7) L. 55 D. 29. 2: Cum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi, sive suo sive extraneo, defertur, ut aut totam agnoscat aut a tota recedat. Et ita se abstinere potest propter alium, qui per suam personam non poterat. Si tamen creditores dicant, se contentos esse ejus (nicht des suus, sondern des Miterben) portione: quia non potest exonerari, nisi deferatur conditio, et alterius parte abstinere se creditores debent, ut ejus actiones ei, qui convenitur, dentur.

L. 56 D. eod.: Si is, qui immiscuit se hereditati, decessisset, deinde alter se abstinet, eadem conditio deferenda est heredi ejus, quae et ipsi . . . .

8) L. 38 D. 29. 2: Si alter (coheres) . . ., posteaquam prior abstinuit, immiscuit se, dicendum est, tunc non posse recusare, quominus tota onera hereditaria subeat.

Digitized by Google

B. Anders ist der Fall, wenn ein extraneus gegen die erfolgte Antretung in integrum restituirt wird. Hier ist eine Trennung beider Theile gestattet. Des extraneus Miterbe kann die Anwachsung wählen oder sich verbitten. Auch im letzteren Falle bleibt er zu seinem ursprünglichen Theile heres[9]. Hier ist die Accrescenz also ausnahmsweise abhängig vom Willen des Erben.

VI. Der vacante Erbtheil accrescirt den Miterben mit allen darauf ruhenden Lasten und Beschwerungen: „portio semper cum onere accrescit“[10]. Daher muß jeder Erbe die auf den accrescirenden Erbtheil gelegten Vermächtnisse erfüllen.

Nur dann tritt eine Ausnahme ein, wenn das onus in einem facere bestand, und zwar in einer solchen Handlung, die nach dem Wortausdrucke und der Natur der Auflage von keinem Andren, als dem Belasteten selbst vorgenommen werden könnte[11]. (cf. Vering S. 523—524.)

VII. Wenn mehren Erben eine vacante Erbportion accrescirt, so geschieht es stets nach Verhältniß ihrer Erbquote, pro portione hereditaria. Z. B. A. ist instituirt auf ½, B. auf ¼, C. auf ¼. C. fällt aus. Von seiner Portion wächst dem A. ⅔, dem B. ⅓ zu[12]. Cit. const. unic. § 10 Cod. 6. 51.

---

9) L. 61 D. 29. 2: Si minor annis, posteaquam ex parte heres extitit, in integrum restitutus est, Divus Severus constituit, ut ejus partis onus coheres suscipere non cogatur, sed B. P. creditoribus detur.

10) L. 61 § 1 D. de leg. II.: . . Hic quasi substitutus cum suo onere consequetur accrescentem portionem.

Const. unic. § 10 Cod. 6. 51: . . cum suo onere . . perveniat . . coheredibus cum suo gravamine acquiratur. § 4. Omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam gravamen, quod ab initio fuerat complexum, . . sentire, sive in dando sit constitutum, sive in quibusdam faciendis.

11) Const. unic. § 9 Cod. eod.: . . Sin vero talis est verborum conceptio et facta natura, ut, quod relictum est, ab alio adimpleri non possit, tunc, etsi lucrum ad aliquem pervenerit, non tamen et gravamen sequi . . .

12) L. 59 § 3 D. 28. 5: Cum quis ex institutis . . . heres non est, pars ejus omnibus proportionibus hereditariis accrescit . . . .

Digitized by Google

§. 59.

2. Besondre Grundsätze bei der Intestat- und Testaments-Erbfolge.

Schneider, Das altrivile und Justinian. Anwachsungsrecht bei Legaten und die caducar. Bestimmung der lex Julia et Pap. Popp. Berlin 1837. Rudorff, Ueber die caducorum vindicatio in der Zeitschr. für geschichtl. Rsw. Bd. VI. Nr. 6. Francke, Beiträge S. 112 ff. Thibaut, Ueber die bei dem Anwachsungsrecht der Miterben Statt findenden Vorzugsrechte im civil. Arch. Bd. VII. Nr. 21. Buchholz, Ueber die Beschränkung des jus accrescendi bei testamentarischen Erben in s. und Neustetels Untersuchg. Nr. 4. Goeschen observ. p. 101 sq. Baumeister l. c. S. 11 ff. Mayer l. c. S. 231 ff. Mühlenbruch-Glück l. c. S. 270 ff. Holzschuher S. 793—800. Göschen § 972. Vangerow § 495—496. Müller § 210. Vering S. 523—526. Keller § 470. Witte in Rtl. Bd. 1. S. 275—325 (cf. auch die sub F. cit. Schriftsteller).

I. Intestaterbfolge.

Sind mehre Intestaterben berufen und einer von ihnen fällt weg, z. B. dadurch, daß er stirbt, ohne angetreten zu haben, so treten zunächst seine etwaigen transmissarii an seine Stelle (cf. § 56 Nr. II.). Andrenfalls accrescirt sein Erbtheil den mit ihm Berufenen, mögen sie bereits angetreten haben, oder nicht. Das Accrescenzrecht tritt hier ein nach dem Grundsatz: daß diejenigen die erledigte Portion eines Miterben erhalten, welche dieselbe bekommen haben würden, wenn derselbe von Anfang an nicht vorhanden gewesen wäre[1].

A. Kommt es nun auf diese Weise zur Accretion, so accrescirt die erledigte Quote allen, denen zugleich mit dem Weggefallenen die Erbschaft deferirt war, und zwar jedem unter ihnen nach Verhältniß der Quote, zu der er zur Erbschaft berufen ist, pro portione hereditaria (cf. § 58 Nr. VII.).

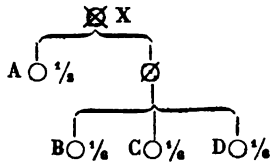
Nur bei den beiden Vertheilungsarten in stirpes und in lineas (cf. § 13 Nr. II. 2.; § 14 Nr. II. A.) nehmen nicht alle am Accrescenzrecht Theil.

1. Ist die Erbschaft nach Stämmen, in stirpes, deferirt, so accrescirt der Erbtheil eines wegfallenden Erben, der mit anderen auf derselben stirps berufen war, nur seinen Stammgenossen. Nur diese wurden durch den jetzt Weggefallenen beschränkt. Erst wenn der ganze Stamm wegfällt, accrescirt die auf denselben fallende Portion den außerhalb des Stammes Stehenden[2]. Z. B.:

1) L. 1 § 10 D. 38. 9: Quibus ex edicto B. P. dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris B. P. perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.

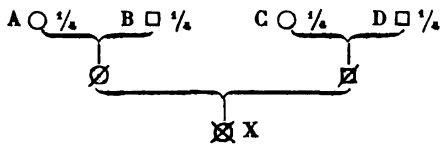
2) L. 12 pr. D. 37. 4: Si duobus filiis et ex altero filio duobus nepotibus B. P. competat, et alter ex nepotibus non petat, pars ejus

Digitized by Google



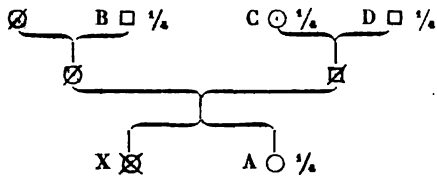
Die Portion des ausschlagenden B. accrescirt nur dem C. und D. zu gleichen Theilen. Schlagen C. und D. ebenfalls aus, so accrescirt die gesammte Hälfte dem A.

2. Dasselbe gilt, wenn in lineas succedirt wird. Nur den Linealgenossen accrescirt das Erledigte. Z. B.:



Das ¼ des ausschlagenden D. accrescirt nur dem C. Werden auch C. und D. nicht Erbe, so accrescirt deren ½ dem A. und B. zu gleichen Theilen.

Der Wegfall eines mitberufenen Erben hat keinen Einfluß auf die ursprüngliche Vertheilungsart. Dieselbe dauert vielmehr fort, wenngleich eine andre Vertheilungsart Statt gefunden haben würde, falls der Weggefallene schon ursprünglich nicht da gewesen wäre. Z. B.



Der Bruder A. und die Großeltern B., C. und D. sind zur Erbschaft berufen. Es tritt successio in capita ein, jeder bekommt ¼.

---

fratri accrescit. Si vero ex filiis alter non petat, tam fratri quam nepotibus id prodest. Namque tunc duo semisses fiunt, ex quibus alterum filius, alterum nepotes consequuntur.

L. 5 § 2 D. 38. 6: Si filius emancipatus non petierit B. Pionem, ita integra sunt omnia nepotibus, atque si filius non fuisset, ut, quod filius habiturus esset petita B. Pione, hoc nepotibus ex eo solis, non etiam reliquis accrescat.

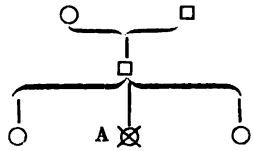
L. 5 § 2 D. 37. 8.

Digitized by Google

Der Bruder fällt weg. Wäre er von Anfang an nicht dagewesen, so würde in lineas getheilt werden, also B. die eine, C. und D. die andre Hälfte bekommen. Allein die successio in capita dauert fort, und demgemäß erhält jeder $^1/_2$.

B. Das Anwachsungsrecht kommt blos denen zu Gute, deren Erbrecht von den Gesetzen nicht auf ein gewisses Maximum beschränkt ist. Daher accrescirt der dürftigen Witwe ein vacanter Erbtheil nur dann, wenn sie durch das Dasein von Miterben auf weniger als $^1/_4$ eingeschränkt ist (cf. § 17 Nr. 2.). Mehr als $^1/_4$ des Nachlasses kann sie durch Accrescenz nie erhalten.

C. Anerkannt ist, daß das Accrescenzrecht der Miterben dem Transmissionsrecht der Erben des wegfallenden Berufenen nachsteht. Sehr bestritten aber ist, ob dasselbe nicht der successio graduum vorgehe: wenn nämlich hinter einem wegfallenden Berufenen noch andre Erbberechtigte stehen, welche er von der Delation ausschließt, während die außerdem noch vorhandenen Erbberechtigten mit ihm gleich nahe berechtigt sind, z. B.



Wenn beim Tode des Erblassers A. Mutter, Brüder und mütterliche Großeltern leben, so wird der Mutter und den Brüdern in der II. Classe deferirt. Die Mutter schlägt aus, oder stirbt ohne angetreten zu haben. Alsdann streitet man, ob ihre Portion den Brüdern accrescire, oder ob die Großeltern in dieselbe nachrücken. Dasselbe kann bei den Geschwistern und Descendenten vorkommen, wenn z. B. zwei Brüdern oder zwei Söhnen deferirt wird und einer ohne angetreten zu haben stirbt. Accrescirt hier dem anderen Bruder, bez. Sohne, der vacante Erbtheil? oder rücken vermöge der successio graduum die Kinder des Weggefallenen nach? Ueber diese Streitfrage ist zurück zu verweisen auf § 19.

II. Testamentserbfolge.

Die Quellen enthalten hier viel Antiquirtes. Das alte jus accrescendi bei Testamenten (jus antiquum) war durch die lex Julia et Papia Poppaea größtentheils aufgehoben. Dies Gesetz reservirte

Digitized by Google

dasselbe nur zu Gunsten von Descendenten des Testators und von Ascendenten bis zum dritten Grade[3]. Ferner accrescirten in Folge dieses Gesetzes nur solche Erbtheile, die von Anfang an nichtig waren. Was sonst der Bedachte nicht erwarb, oder in Folge dieses Gesetzes nicht erwerben konnte, weil er nicht verheirathet oder kinderlos war, wo er nur die Hälfte des Hinterlassenen erwerben konnte, fiel als caducum an den Fiscus. Es hatten aber andre eingesetzte Erben und selbst Legatare, falls sie Kinder hatten, das Recht, dies caducum vor dem Fiscus in Anspruch zu nehmen. Dies ist das jus caduca vindicandi, die caducorum vindicatio[4]. (cf. Rudorff l. c.)

Justinian hat dies ganze Recht der lex Julia et Pap. Popp. aufgehoben und die alte Theorie des jus accrescendi im Wesentlichen wiederhergestellt[5]. (cf. Vangerow § 496 Anm. 1.)

Bei testamentarischer Erbfolge tritt das Anwachsen ein, weil die ausfallende Portion sonst an die Intestaterben fallen müßte, welche nach der Regel „Nemo pro parte etc.“ (cf. § 6 Nr. IV. B.) durch die testamentarischen Erben stets ausgeschlossen sind.

Ist nun jemandem eine Erbschaft ex testamento deferirt und er erwirbt dieselbe nicht, kann sie auch nicht transmittiren, so fragt es sich, ob er einen Vulgarsubstituten hat. Ist dies der Fall, so wird die ausfallende Portion nun diesem deferirt. Hat er aber keinen Substituten und ist er der einzige im Testament eingesetzte Erbe, so fällt das Testament als destitut zusammen und es tritt Intestaterbfolge ein. Hat er dagegen Miterben, so accrescirt nun diesen sein Erbtheil und zwar so, wie wenn er nicht heres scriptus wäre.

---

3) Ulp. fr. XVIII.: Item liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex Papia jus antiquum dedit, ut, heredibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat aut totum aut ex parte prout pertinere possit.

Const. unic. pr. i. f. Cod. 6. 51 verb.: Et quum lex Pap. (cf. Anm. 5).

4) Gaj. II. § 150. 206. 207.

5) Const. unic. pr. Cod. 6. 51: Et nomen et materiam caducorum . . necessarium duximus . . . ab orbe Romano recludere . . . . . Et quum lex Papia jus antiquum, quod ante eam in omnibus simpliciter versabatur . ., solis parentibus et liberis testatoris usque ad tertium gradum . . suum imponere jugum erubuit, jus antiquum intactum eis conservans: nos omnibus nostris subjectis sine differentia personarum concedimus.

Const. Dedit (3.) § 6 Cod. 1. 17: . . . sed in his nihil de caducis a nobis memoratum est . . . .

Digitized by Google

Die Accretion kann der Testator nicht verbieten, wenngleich er sie durch Anordnung einer Vulgarsubstitution indirect ausschließen kann.

Die Anwachsung geschieht auch bei Testamenten pro portione hereditaria, d. h. nach Verhältniß der Erbquoten der Accrescenzberechtigten. Jedoch auch hier können, wie bei der Intestaterbfolge, möglicher Weise nicht alle Miterben am Accrescenzrecht Theil nehmen.

Der Testator kann nämlich den Willen zu erkennen geben, daß eine Anzahl von Testamentserben unter sich in näherer Verbindung stehen sollen, als mit den übrigen. Es entsteht dadurch eine engere Gruppe von Testamentserben, gleich der stirps, oder linea im Intestaterbrecht, und damit ein Vorzug der so mit einander Verbundenen, bez. eine Ausschließung der übrigen, bei der Accrescenz. Ob der Testator dies beabsichtigt hat oder nicht, ist aus der Fassung zu entnehmen. Die Quellen geben darüber folgende Anleitung.

A. Verbis conjuncti. Der Testator beruft Mehre zur Erbschaft zwar in demselben Satze, aber jeden für sich auf einen andren Erbtheil. Er instituirt also auf besondre Quoten und verbindet nur die Erben mit dem Worte „und", oder nennt sie uno tenore hinter einander. Hier liegt eine zufällige Aneinanderreihung selbstständiger Institutionen vor. Non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videtur (cf. § 42 Nr. II. A. 3.).

Die auf solche Weise berufenen Erben nennen wir verbis tantum conjuncti. Diese bloße verbis conjunctio giebt keinen Vorzug, sondern es bleibt bei der Regel, d. h. dem verbis conjunctus und allen übrigen Miterben mit einander accrescirt die Portion[6]. Z. B.: „ich setze ein X. und Y. auf $\frac{1}{6}$; A. auf $\frac{1}{6}$. B. und C. sollen ebenfalls meine Erben sein und zwar B. zu $\frac{1}{6}$, C. zu $\frac{1}{2}$"; oder auch: „B. und C. sollen ebenfalls, und zwar zu gleichen Theilen, erben". Hier sind B. und C. verbis tantum conjuncti. Fällt C.

6) L. 66 D. 28. 5: Si ita quis heredes instituerit: „Titius heres esto; Cajus et Maevius aequis ex partibus heredes sunto", quamvis „et" syllaba conjunctionem faciat, si quis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus; quia non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur.

Digitized by Google

weg, so accrescirt dessen Erbtheil nicht dem B. allein, sondern dem B. und allen Uebrigen, und zwar bekommen X. und Y. zusammen davon ⅓, A. ⅓, B. ⅓. Const. unic. § 10 Cod. 6. 51 cit.

Die herrschende und richtige Ansicht hat den bloßen verbis conjunctis den Vorzug beim Accrescenzrecht abgesprochen, obgleich man für die gegentheilige Ansicht zwei Gründe geltend gemacht hat:

1. daß ein solches Vorzugsrecht völlig consequent und auch im ältren Recht begründet gewesen sei. Allein das Gegentheil geht mit Bestimmtheit aus cit. l. 66 D. 28. 5 und aus der Natur der Sache hervor, indem billiger Weise niemand zu mehr berechtigt ist, als wozu ihn der muthmaßliche Wille des Erblassers berufen hat. Bei einer bloßen verbis conjunctio hat aber der Erblasser selbst getheilt und es könnte daher höchstens noch von einem unmittelbar auf dem Gesetz beruhenden Accrescenzrechte die Rede sein;

2. daß bei der caducorum vindicatio die verbis conjuncti, mit Ausschluß der blos re conjuncti, als die wahren conjuncti betrachtet worden seien, und daß Justinian diese Grundsätze der lex Julia et Pap. Popp. in der const. unic. Cod. 6. 51 zur allgemeinen Geltung erhoben habe. Allein, wenn auch die erste Behauptung richtig ist, so läßt sich doch die zweite nicht beweisen; denn

a. es ist im höchsten Grade unwahrscheinlich, daß Justinian das Grundprincip des Accrescenzrechts in Gemäßheit des Papischen Gesetzes geändert habe, da er ausdrücklich seinen Willen erklärt, das Papische Gesetz gerade aufzuheben und das alte Recht in seiner Reinheit wiederherzustellen.

b. In der const. unic. § 10 Cod. 6. 51[7] können die Worte: „heredes conjunctim instituti“ recht gut auf die re conjuncti bezogen werden (cf. l. 15 D. 28. 5. L. 142 D. 50. 17 in § 42 Anm. 12), indem die Hindeutung auf die „unitas sermonis“ und auf den „sermo testatoris“ sich daraus erklärt, daß auch eine Realconjunction immer doch nur durch einen „sermo testatoris“ ausge-

7) Const. unic. § 10 Cod. 6. 51: ... Sin vero ... alii conjunctim, alii disjunctim nuncupati, tunc .... hoc omnimodo ad solos conjunctos .. veniat. Sin autem ex his, qui disjunctim scripti sunt, aliquis evanescat, hoc ... ad omnes, tam conjunctos, quam disjunctos, similiter .. perveniat. Conjuncti .. propter unitatem sermonis quasi in unum corpus redacti sunt ... Disjuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti.

Digitized by Google

sprochen werden kann, sei es nun in ein und demselben Satze, oder in verschiedenen (cf. Vangerow S. 383—385). Zum Mindesten aber hat Justinian bei den „conjunctim nuncupati", unter Hinweisung auf die „unitas sermonis", doch nur an die re et verbis conjuncti gedacht und nicht an die verbis tantum conjuncti.

B. Re conjuncti. Der Testator beruft Mehre mit einander zur Theilnahme an derselben Portion, nennt sie aber in getrennten Sätzen: Re tantum conjuncti. Z. B.: „A. soll ½ erben, B. ¼, C. ¼. Die dem A. angewiesene Hälfte soll auch D. mit erben". Hier sind A. und D. re tantum conjuncti. Unter ihnen findet der Vorzug in der Accrescenz Statt, bez. die Ausschließung der Uebrigen von derselben[8]. Sie bilden eine engere Gruppe[9]. Nach dem muthmaßlichen Willen des Testators beschränkt der einzelne Genosse dieser Gruppe durch seine Concurrenz zunächst nur deren übrige Genossen. Man verfährt hier grade so, wie wenn ein Intestaterbe wegfällt, der mit Andren auf derselben stirps oder linea berufen war. Dies Vorzugsrecht wird mit Unrecht von Thibaut l. c. bestritten (cf. Vangerow S. 381—382).

C. Re et verbis conjuncti. Der Testator beruft Mehre in derselben Wortverbindung auf ein und dieselbe Erbportion. Auch unter diesen findet der Vorzug in der Accrescenz Statt. L. 34 pr. D. cit. Z. B.: „A. und B. sollen meine Erben sein zu ½ (re et verbis conjuncti), C. soll ½ erben und D. den Rest". Wenn hier A. wegfällt, so accrescirt sein Theil an dem ½ blos dem B.[10]. Oder (sine partibus): „A. soll mein Erbe sein, auch B." und in fine testamenti heißt es noch: „C. und D. sollen ebenfalls meine Erben sein". Hier bekommen nach § 42 Nr. I. A. ⅓, B. ⅓ und C. und D. zusammen ⅓. Fällt A. weg, so accrescirt seine Portion allen Uebrigen, weil er keinen conjunctus hat. Von seiner Por-

8) L. 59 § 3 D. 28. 5: Quum quis ex institutis, qui non cum aliquo conjunctim institutus sit, heres non est, pars ejus omnibus pro portionibus hereditariis accrescit (cf. auch cit. l. 15 D. 28. 5 L. 142 D. 50. 17 im § 42 Anm. 12).

9) L. 34 pr. D. de leg. I.: . . Si conjuncti disjunctione commixti sunt, conjuncti unius personae potestate funguntur.

Cit. const. unic. § 10 Cod. 6. 51.

10) L. 20 § 2 D. 28. 5: Quodsi vivus et mortuus ex parte dimidia conjunctim heredes instituti sunt, ex altera alius, aequas partes eos habituros ait.

Digitized by Google

tion bekommen daher B. $\frac{1}{2}$ und C. und D. zusammen $\frac{1}{2}$. Wenn nun auch C. wegfällt, so accrescirt seine Portion blos dem D., mit dem er zu einer Quote berufen war[11], nicht auch dem B.: so daß am Ende von der ganzen Erbschaft B. $\frac{1}{2}$ und D. $\frac{1}{2}$ bekommen.

Bei der Concurrenz von re et verbis conjuncti mit re tantum conjuncti muß man unterscheiden, ob der re tantum conjunctus

1. mit allen re et verbis conjuncti zusammen, oder
2. nur mit einem derselben in sachlicher Verbindung steht.

Im erstren Fall findet beim Wegfall eines der re et verbis conjuncti ein Vorzugsrecht der übrigen re et verbis conjuncti vor dem re tantum conjunctus Statt; im zweiten umgekehrt des re tantum conjunctus vor den übrigen re et verbis conjuncti. Z. B. zu Nr. 1.: „A., B. und C. sollen meine Erben sein auf $\frac{1}{2}$ (re et verbis conjuncti), D. auf das andre $\frac{1}{2}$. Auf was ich A., B. und C. eingesetzt, auf dieselbe Portion setze ich auch noch den E. ein (re tantum conjunctus). Fällt hier A. weg, so haben nur B. und C. Anwachsungsrecht. Cit. l. 34 pr. D. de leg. I. Zu Nr. 2.: Lautete aber exempl. cit. die Einsetzung des E. so: „auf was ich den A. eingesetzt, auf dasselbe soll auch E. eingesetzt sein", so würde die Portion des wegfallenden A. nur dem E. anwachsen (cf. Vangerow § 496 Anm. III.).

Die Genossen der engsten Vertheilungsgruppe haben unter einander auch nächstes Accrescenzrecht.

Ein allgemeines Beispiel für die drei berührten Conjunctionsarten:

„Ich instituire den A. auf $\frac{1}{4}$. Meine Erben sollen sein B. und C. auf $\frac{1}{2}$. Den D. setze ich auf dasselbe $\frac{1}{2}$ ein. Das letzte $\frac{1}{4}$ sollen E. und F. so theilen, daß E. davon $\frac{1}{3}$, F. $\frac{2}{3}$ erhält". Hier ist A. außer allem Verhältniß zu den Uebrigen, disjunctus est, E. und F. sind blos verbis conjuncti. B., C. und D. sind re conjuncti, B. und C. re et verbis conjuncti. Werden Alle Erben, so erhält A. $\frac{1}{4}$, B. und C. jeder $\frac{1}{8}$, D. $\frac{1}{4}$, E. $\frac{1}{12}$, F. $\frac{2}{12}$. Fällt B. weg, so accrescirt sein $\frac{1}{8}$ nur dem C. Fällt D. weg, so accrescirt sein $\frac{1}{4}$ dem

11) L. 63 D. 28. 5: Heredes sine partibus utrum conjunctim an separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex conjunctis decesserit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet; sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes, portio ejus pertinet.

Digitized by Google

B. und C. Fällt A., oder E., oder F. weg, so accrescirt seine Portion Allen.

D. Wenn neben mehren auf bestimmte Quoten Eingesetzten andre sine parte instituirt sind, z. B.: „A. soll mein Erbe sein zu $^1/_2$, B. setze ich zu $^5/_{12}$ ein, C. soll mein Erbe sein, D. soll mein Erbe sein", so erhalten C. und D. zusammen den Rest, d. i. $^1/_{12}$, ohne jedoch re conjuncti zu sein. Erst dann würden sie es sein, wenn gesagt wäre: „C. und D. sollen meine Erben sein"[12] (cf. sub Nr. C. i. f. cit. l. 63 D. 28. 5).

E. Ein Erbe, welcher blos auf eine Sache eingesetzt ist, heres ex re certa, hat kein Accrescenzrecht, so lange noch andre Miterben da sind, die Quoten haben. Er ist eigentlich blos Vermächtnißnehmer. Cit. const. 13 Cod. 6. 27 (cf. § 41 Anm. 14). Fallen die übrigen Erben jedoch sämmtlich weg, so ist er einziger heres und bekommt das Ganze. Cit. l. 1 § 4 D. 28. 5. L. 41 § 8 D. 28. 6 (cf. § 41 Nr. IV. C. i. f. Anm. 9).

§ 60.

G. Aufhebung eines bereits erfolgten Erbschaftsantritts.

Dig. de his, quae ut indignis auferuntur (34. 9). Cod. de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad S. C. Silanianum (6. 35). Nov. 119 cap. 6.

Haeberlin (praes. Lynker), De bonis ereptitiis. Jen. 1802. Marezoll, Mit welcher Klage kann der Fiscus oder sonstige Dritte auftreten, um sein aus der Indignität des Berufenen hervorgehendes Ereptionsrecht geltend zu machen? in der Gießner Zeitschr. Bd. I. Nr. 20. Schröter, Zur Lehre von den bona vacantia das. Bd. X. Nr. 3. S. 120—127. Löhr (cf. § 57). Osenbrüggen, Einer der in Nov. 115 aufgezählten Indignitätsfälle. Bedeutung von ὁρμᾶσθαι etc. Arndts § 519. 520. Puchta § 500. 506. 559—561. Brinz § 206. 225. Sintenis § 202. 205. Böcking Erbr. III. B. § 120. 122—125. Mühlenbruch-Glück Bd. 42 S. 377 ff. Bd. 34 S. 131 ff. Zimmern Erbr. des Erbr. S. 78 ff. Göschen § 975—978. § 1057. Vangerow § 518. 565. Bering S. 286—295. S. 561—563. Keller Instit. § 347. Pand. § 543. 593. Witte im Rtsl. Bd. 1. S. 868. Heimbach das. Art. Ereptitia. Bd. 4. S. 48—62. Arndts im Rtsl. Bd. 4. S. 23.

---

12) L. 17 § 1 D. 28. 5: Unde idem tractat, si duos ex undecim, duos (subintellige: separatim) sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repudiaverit: utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? Et variat; sed Servius omnibus accrescere ait. Quam sententiam veriorem puto; nam, quantum ad jus accrescendi, non sunt conjuncti, qui (sc. separatim) sine parte instituuntur. § 2. Idemque putat, et si expleto asse duos sine parte heredes scripserit, neque hos neque illos conjunctos. (Aus den Schlußworten: „neque . . . conjunctos" ergiebt sich nämlich, daß oben „separatim" zu subintelligiren ist. Unter dieser Subintellection stimmt mit dieser Stelle auch cit. l. 63 D. 28. 5 in Anm. 11 vollkommen überein. cf. Vangerow l. c. S. 386—387.)

Digitized by Google

Wer einmal Erbe geworden ist, kann die Erbschaft in der Regel nicht wieder verlieren: semel heres, semper heres (cf. § 55 Nr. I.). Diese Grundregel erleidet Modificationen:

I. Durch den eignen Willen des Erben kann der Erwerb der Erbschaft wieder rückgängig gemacht werden in folgenden Fällen:

A. Der suus heres, der ipso jure Erbe wird, kann durch das beneficium abstinendi sich den Wirkungen der Erbschaftserwerbung entziehen (cf. § 55).

B. Der voluntarius heres kann sich gegen die Antretung und der suus heres gegen die Einmischung in die Erbschaft, durch die er das jus abstinendi verlor, in integrum restituiren lassen, vorausgesetzt, daß ein gültiger Restitutionsgrund, wie Zwang, minor aetas und dergl. vorliegt[1]. Ein bloßer Irrthum über den Bestand der Erbschaft berechtigt jedoch nie zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (cf. § 52 Nr. II. F. 3.).

War also der Erbe zur Zeit des Erbschaftserwerbs noch minderjährig, so wird er innerhalb der gewöhnlichen Restitutionszeit dagegen restituirt, auch in dem Falle, wenn der Vater kraft väterlicher Gewalt für ihn angetreten hat[2]. Aber auch gegen diese Restitution kann der minor wiederum restituirt werden, um hinterher noch antreten zu können, vorausgesetzt, daß er zur Zeit der ersten Restitution noch minor war. Ebenso kann er auch umgekehrt 2mal restituirt werden, nämlich zuerst gegen eine geschehene Repudiation, um noch antreten zu können

1) § 5 I. 2. 19: Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit XXV annis.

L. 57 § 1 D. 29. 2: . . ex generali Edicto, quod est de minoribus XXV annis, succurrit, quum, etsi extranei damnosam hereditatem adierint . . in integrum eos restituit.

L. 21 § 5 D. 4. 2: Si metu coactus adii hereditatem . . . per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur.

Const. 1 Cod. 2. 39: . . Quod si pro herede gessistis . . . propter aetatem . . in integrum restitutionis auxilium accipere debetis.

Const. 2 Cod. 2. 48: . . quum minor adiit hereditatem et restituitur.

L. 85 D. 29. 2.

2) Const. 8 § 6 Cod. 6. 61: Ubi autem puerilis aetas patri licentiam praestat, etiam sine consensu filii hereditatem nomine ejus adire, si hoc fecerit, damus . . filio in integrum restitutionem, postquam patria fuerit potestate liberatus vel adoleverit . . .

Digitized by Google

und hinterher wieder gegen diese Antretung, um sich von der Erbschaft wieder losmachen zu können[3].

Wird jedoch ein Kind gegen die vom Vater geschehene Antretung restituirt, so bleibt die Erbschaft dem Vater als ihm selbst erworben; und das Kind kann gegen die Restitution, die es von der Erbschaft losmachte, nicht wiederum restituirt werden, um dieselbe zurückerwerben zu können[4].

In beiden Fällen, der Abstention sowohl, als der Restitution, ist es eine prätorische Fiction, die den Erben entbindet. Für Dritte ist sie nicht vorhanden und kann daher Dritten auch nicht präjudiciren. Darnach richten sich denn auch die Wirkungen, die mit Einer Abweichung bei der Abstention dieselben sind, wie bei der Restitution (cf. § 55 Nr. II.). Wie denn die Restitution eines extraneus vielfältig in den Quellen auch durch abstinere hereditate bezeichnet wird[5].

Wie der suus nach der Abstention, so bleibt auch der extraneus nach der Restitution streng genommen Erbe[6], obschon der Prätor durch Ertheilung einer exceptio und durch actionum denegatio die Wirkungen des Erbschaftserwerbes vernichtet, so daß im Resultate beide grade so gestellt sind, wie wenn sie die Erbschaft gar nicht erworben hätten[7].

---

3) L. 7 § 9 D. 4. 4: Restitutus . . . cum se hereditati misceat vel eam adeat, quam repudiavit, rursus restitui potest, ut se abstineat.

4) Const. 8 § 6 Cod. 6. 61: . . Si enim, quod pater fecit, filius ratum non habuit, et propter hoc restitutus est: quomodo ferendus videatur, iterum judicium amplectens, quod post patris voluntatem contraria affectione aspernandum esse existimavit?

5) L. 7 § 5 D. 4. 4: . . si hereditatem minor adiit minus lucrosam, succurritur ei, ut se possit abstinere.

L. 7 § 10 D. eod.: si autem prius minor adiit hereditatem, mox abstentus est . . .

6) L. 31 D. 4. 4: Si mulier, postquam heres extitit, propter aetatem abstinendi causa in integrum restituta fuerit: servos hereditarios ex fideicommisso ab ea recte manumissos retinere libertatem respondi . . . Nam etsi quidam ex creditoribus pecuniam suam ante restitutionem ab ea recuperassent, ceterorum querela contra eos, qui acceperunt, ut pecunia communicetur, non admittetur.

L. 6 § 2 D. 38. 2: Si filius . . . abstinuerit, quamvis nomine sit heres . . . cit. l. 30 § 10. 11 D. 40. 5 (cf. § 55 Nr. II. D.).

7) L. 7 § 5 i. f. D. 4. 4: . . Qui post aditam hereditatem restituitur, debet praestare, si quid ex hereditate in rem ejus pervenit, nec periit per aetatis imbecillitatem . . .

Const. unic. § 2 Cod. 2. 48: . . Quidquid ad eum ex hereditate per-

Digitized by Google

1. Ist eine Substitution angeordnet, so wird dieselbe durch die Restitution oder Abstention des Vorerben wirksam (cf. Mühlenbruch Bd. 40 S. 360 ff.).

2. Hat der Restituirte Miterben, so ist es ganz in das Belieben derselben gestellt, ob sie sich die Anwachsung des Erbtheils desselben gefallen lassen wollen, oder nicht. Im letztren Fall können die Creditoren in den ausfallenden Theil eingewiesen werden[8]. Hier zeigt sich ein Unterschied in den Wirkungen zwischen Restitution und Abstention (cf. § 55).

3. Sind bei Restitution oder Abstention weder Substituirte noch Miterben vorhanden, so tritt Intestaterbfolge ein, wenn der Restituirte oder Abstinirende testamentarischer Erbe war, successio ordinum et graduum, wenn er ab intestato gerufen war[9].

Beides ist jedoch ausnehmend bestritten, namentlich wegen l. 2 D. 38. 9[10] (cf. Mühlenbruch Bd. 43 S. 369—383. Witte im Rtsl. l. c. S. 868).

II. Ohne den Willen des Erben kann der bereits erfolgte Erbschaftserwerb rückgängig gemacht oder auch seinen Wirkungen nach vereitelt werden:

A. beim privilegirten Militairtestament. Der Soldat nämlich ist an den Grundsatz „semel heres, semper heres" nicht gebunden. Cit. l. 15 § 4 D. 19. 1 (cf. § 37 Nr. I. A. i. f.). Er kann daher einen Erben unter einer Resolutivbedingung, oder mit

---

venit, debet praestare. Verum et si quid dolo ejus factum est, hoc eum praestare convenit.

Cit. l. 87 § 1 D. 4. 4 L. 57 pr. § 1 D. 29. 2 (cf. § 55 Nr. II. C. Anm. 14. 17.

8) L. 61 D. 29. 2: Si minor annis, postquam ex parte heres exstitit, in integrum restitutus est, . . . ejus partis onus coheres suscipere non cogatur, sed B. P. creditoribus detur (cf. Bering S. 521 not. e.).

9) L. 6 § 2 D. 38. 2: Si filius liberti . . abstinuerit, quamvis nomine sit heres, patronus admittitur. § 3. Sed et si per in integrum restitutionem is, qui mixtus est paternae hereditati . . . abstinuerit se, poterit quis patronum admittere.

Cit. l. 2 § 8 D. 38. 17 (cf. § 55 Anm. 35).

L. 2 § 10 D. eod. (cf. Mühlenbruch Bd. 42 S. 373—374. — cf. auch den ganz analogen Ausspruch in L. 41 pr. in Anm. 11 h. p.).

10) L. 2 D. 38. 9: Inferioris gradus cognatus beneficium Edicti successorii non habuit, quum prior ex propria parte possessionem accepisset. Nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit.

Digitized by Google

einem Endtermin einsetzen, bei deren oder dessen Eintritt die bereits erworbene Erbschaft auf einen Anderen übergeht[11] (cf. § 29 Nr. II. 1.);

B. bei der B. P. contra tabulas und der querela inofficiosi testamenti durch Rescission des Testaments, kraft dessen die Erbschaft erworben war[12] (cf. Notherbfolge);

C. bei der in integrum restitutio eines vorberufenen Delaten gegen die Ablehnung, indem derselbe damit die Erbschaft wieder an sich zieht, welche inzwischen durch einen Anderen etwa bereits erworben war[13];

D. durch Entreißung der Erbschaft wegen Unwürdigkeit des Erben von Seiten eines dazu berechtigten Dritten.

Durch die lex Julia et Papia Poppaea und die sich daran anreihende Gesetzgebung bildeten sich im Laufe der Kaiserzeit die sogenannten Indignitätsfälle (cf. § 7 Nr. II.), d. h. Fälle, in denen wegen persönlicher Unwürdigkeit sowohl Erben, wie Vermächtnißnehmern das ihnen Hinterlassene entrissen werden kann. (Aufertur ut indigno hereditas; repellitur, removetur ut indignus; denegatur ei ut indigno actio seu persecutio.) Solche Vermögensbestandtheile heißen bona ereptoria oder ereptitia[14].

---

11) L. 41 pr. D. 29. 1: . . si ita scripserit: „Titius usque ad annos decem heres esto", nemine substituto: intestati causa post decem annos locum habebit . . .

L. 19 § 2 D. eod.: Si quis a milite heres ad tempus scriptus esset, et alius ex tempore, quaeritur, an posterior heres a priore relicta legata deberet? Et arbitror, hunc non debere . . .

12) L. 21 § 2 D. 5. 2: Idem respondit, evicta hereditate per inofficiosi querelam ab eo, qui heres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset, et ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum, qui superavit, competere et compensationem debiti.

13) Const. 1 Cod. 2. 40: Minores . . ., si hereditatem . . non adierint, posse . . . restitutionem postulare . . .

Const. 2 Cod. eod.: Ad B. Pionem, . . omissam, minores . . restitutionis beneficio admitti . . .

Const. 2 Cod. 2. 39: Si, quum avi tui . . te heredem reliquissent, hereditatem eorum non adiisti, liberum tibi est, . . per . . restitutionis auxilium . . hereditatem . . nunc obtinere.

L. 7 § 9 D. 4. 4: Restitutus quum se hereditati misceat vel eam adeat, quam repudiavit . . . .

14) Ulp. fr. XIX. § 17: Lege nobis acquiritur velut caducum vel ereptorium ex lege Papia Poppaea . . . (Cujacius emendirt erepticium.)

Digitized by Google

1. Die Wirkung der Indignität tritt ein, sobald die Erbschaft deferirt ist. Die erfolgte Delation genügt; der Erwerb von Seiten des indignus ist nicht erforderlich[15]. Daher kann das Recht der Entreißung auch gegen einen Dritten geltend gemacht werden, wenn der Unwürdige die Erbschaft ausschlug und jener Dritte darauf, ohne selbst zur Ereption berechtigt zu sein, als Nacherbe dieselbe antrat, oder auch als Miterbe vermöge des jus accrescendi den Erbtheil erhielt.

2. Die Indignität hindert zwar nicht den Erbschaftserwerb (cf. § 7 Nr. II.). Aber der Unwürdige muß alle commoda der Erbschaft an den Ereptor herausgeben[16]. Diejenigen Rechte des indignus gegen den Erblasser, die in Folge der bereits erfolgten Erwerbung confusione erloschen sind (persönliche Forderungen, wie Servituten), werden nach der Entreißung nicht wieder hergestellt, ausgenommen, wenn er aus entschuldbarem Irrthum antrat[17].

3. An die Stelle des Unwürdigen tritt in den meisten Fällen der Fiscus. In einzelnen Fällen der Onerirte, Mithonorirte oder die Intestaterben (cf. sub Nr. IV.). Wer aber an die Stelle tritt, auf den geht die Verpflichtung zur Berichtigung der auf dem ereptorium haftenden Schulden oder Vermächtnisse über[18].

---

15) L. 25 § 1 D. 34. 9: . . Si vivo testatore decesserit is, cui illicite legatum relictum erat, non fisco hoc vindicatur, sed apud eum, a quo relictum est, remanet.

16) L. 18 pr. D. 34. 9: Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus, quos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi, quod bonae fidei possessor fuisse non videtur . . . (cf. l. 8 D. h. t.)

17) L. 8 D. 34. 9: Indigno herede pronuntiato, ademta hereditate, confusas actiones restitui non oportet.

L. 29 § 1 D. 49. 14: . . denegatis ei actionibus . . . obligationes, quas adeundo confundit, non restituuntur.

L. 18 § 1 D. 34. 9: Bonis universis ex causa taciti fideicommissi fisco restitutis, heredem onus aeris alieni non spectare convenit . . Si quid tamen ob aditam hereditatem actionibus aut servitutibus confusis omiserit, auxilio restitutionis non merebitur.

L. 17 D. eod.: Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi, nec probe desideraturum, actionem confusam restitui; deceptum autem ignoratione facti b. f. possessoris defensionem habituram . . nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

18) Cit. l. 18 § 1 D. h. t. L. 5 § 4 D. eod.: Si servum suum rogatus sit manumittere, qui legatum meruit . . dicendum est: non debere obesse servo factum domini, sed a fisco redimendum, ut manumittatur.

Digitized by Google

4. Die einzelnen Indignitätsfälle (cf. besonders Vangerow § 565) beruhen auf Vergehen oder auf solchen Pflichtwidrigkeiten, welche Mißachtung oder Ungehorsam gegen den Erblasser verrathen. Dieselben bilden 3 Rubriken, bei denen dann zu unterscheiden ist, ob der Fiscus oder die erwähnten anderen Personen der ereptor ist.

a. Die erste Rubrik bezieht sich auf Erbschaften und Vermächtnisse gemeinschaftlich und zwar:

α. Zu Gunsten des Fiscus. Unter den noch practischen Fällen sind die wichtigsten folgende:

aa. Wer sich vom Erblasser etwas zuwenden läßt und dabei diesem verspricht, dasselbe ganz, oder theilweise, oder statt desselben etwas Andres einem gesetzlich Erwerbungs-Unfähigen heimlich zuzuwenden, damit dieser, dem Gesetz entgegen, es empfange (qui fideicommissum tacitum in fraudem legis suscepit): der verliert zur Strafe die ihm gemachte Zuwendung; ausgenommen wenn er in der väterlichen Gewalt des Erblassers stand[19]. Sonstige Dispositionen im Testamente bleiben wirksam[20]. Solch erwerbsunfähige Personen giebt es bei uns jedoch nur in Einem Falle und zwar ist da die Unfähigkeit auch nur eine relative (cf. § 7 Nr. I. i. f.).

bb. Wenn der Honorirte absichtlich den Tod des Erblassers herbeigeführt hat[21]. Bei bloßer culpa tritt keine Indignität ein.

cc. Die Indignität desjenigen, der es unterlassen hat, gegen die Mörder des Erblassers eine Untersuchung zu veranlassen, const. 6. 7 Cod. h. t. L. 21 D. h. t. L. 15 D. 29. 5 ist in Deutschland unpractisch.

L. 60 § 1 D. 35. 1: Fiscus iisdem conditionibus parere debet, quibus persona, a qua ad ipsum, quod relictum est, pervenit; sicut etiam cum suo onere hoc ipsum vindicat.

Cit. l. 16 § 2 D. 34. 9 (cf. in Anm. 29).

19) L. 10 pr. D. 34. 9: In fraudem juris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promittit restituturum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur .. § 2. Recte dictum est, si pater filii, quem in potestate habebat, tacitam fidem interposuerit, non debere id filio nocere, quia parendi necessitatem habuerit.

Cit. l. 18 pr. § 1 D. h. t. cf. Anm. 16. 17 L. 23 D. eod. L. 13 D. 49. 14.

20) L. 3 § 4 D. 49. 14: Quum ex causa taciti fideicommissi bona ad fiscum pertinent, omnia, quae in testamento utiliter data sunt, valent....

21) L. 3 D. h. t. L. 7 § 4 D. 48. 20 Const. 10 Cod. 6. 35.

Digitized by Google

dd. Wer bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen ausdrückliche Zustimmung einen Veräußerungs-Vertrag über dessen Nachlaß abgeschlossen hat, dem entzieht der Fiscus das, was er seiner Zeit vom Dritten erbt wegen Indignität[22] (cf. § 5 Nr. B.).

ee. Wer gegen den Erblasser, durch dessen Willen er bereits honorirt ist, hinterher eine controversia status erhoben hat[23].

ff. Wer den Erblasser böswillig

αα. an der Errichtung, oder

ββ. an der Aendrung eines letzten Willens gehindert hat, und nun als Intestaterbe oder vermöge des unveränderten letzten Willens etwas erhält, dem wird das so Gewonnene wieder abgenommen[24] (cf. § 35 Nr. II. C.).

gg. Eine Frauensperson, die außerehelich einem Soldaten sich hingiebt oder auch nur im Verdacht steht, sich ihm hinzugeben, ist in Bezug auf das, was dieser ihr letztwillig zuwendet, indigna (cit. l. 14 D. 34. 9. L. 41 § 1 D. 29. 1 (cf. § 7 Anm. 6). Durch ein subsequens matrimonium erlischt natürlich diese Indignität.

hh. Wer erfolglos entweder das Testament als unecht oder auch als inofficiös ansicht[25], oder eine B. P. contra tabulas gegen dasselbe nachsucht (cf. Vering S. 289 not. 5).

α. Zu Gunsten anderer Personen.

αα. Wer die ihm aufgetragene Vormundschaft, oder auch nur Erziehung eines unmündigen Kindes ablehnt, verliert seinen Erbtheil zu Gunsten der Miterben, sein Vermächtniß zu Gunsten des Onerirten[26].

---

22) L. 2 § 3 D. 34. 9: Idem erit, si quis vivi ignorantis bona, vel partem bonorum alicujus cognati donaverit; nam quasi indigno aufertur.

L. 29 § 2 l. 30 D. 39. 5.

23) L. 9 § 2 D. h. t.: Si . . . status ejus controversiam movit, denegatur ejus, quod testamento accepit, persecutio.

24) L. 19 D. h. t.: Si scriptis heredibus ideo hereditas ablata est, quod testator aliud testamentum mutata voluntate facere voluit, et impeditus ab ipsis est: ab universo judicio priore recessisse eum videri.

25) L. 2 pr. l. 5 § 1 l. 7 l. 15 D. 34. 9 L. 22 § 2. 3 D. 5. 2 L. 18 § 1 D. 37. 4.

L. 8 § 14 D. 5. 2: . . eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non obtinuit, id, quod in testamento accepit, perdere et id fisco vindicari, quasi indigno oblatum.

26) L. 5 § 2 D. 34. 9 L. 1 § 3 l. 28 § 1 l. 32—36 D. 27. 2 Const. 25 Cod. 6. 37.

Digitized by Google

Die Excusation der Vormundschaft schadet jedoch nicht, wenn die Absicht des Testators bewiesen wird, dem Honorirten das Hinterlassene nichts desto weniger zuzuwenden[27].

bb. Ebenso wer die ihm aufgetragene Besorgung des Begräbnisses des Erblassers unterläßt[28].

cc. Endlich gehört hierher die Bestimmung der Nov. I. cap. 1 § 4, cap. 2 § 2, daß, wer eine ihm vom Testator gemachte Auflage nicht binnen Jahresfrist nach geschehener obrigkeitlicher Aufforderung erfüllt, auch das ihm mit Rücksicht darauf Zugedachte (als Pflichttheilsberechtigter jedoch nur bis zum Betrag des Pflichttheils) an bestimmte andre Personen verlieren soll. Diese Personen sind: zunächst die Substituten, dann, der Reihenfolge nach, die Miterben, Universalfideicommissare, Vermächtnißnehmer, die Intestaterben nach der Erbfolgeordnung, mit Ausnahme jedoch der enterbten, und stets unter der Voraussetzung, daß sie sich zur Erfüllung der Auflage verpflichten, endlich jeder Dritte, quilibet ex populo, der diese Bedingung erfüllt: wenn sich keiner findet, der Fiscus (cf. § 49 Nr. V. i. f.).

b. Die zweite Rubrik bezieht sich nur auf Erbschaften.

α. Zu Gunsten des Fiscus.

aa. Wenn der Erblasser

αα. in seinem Testament den Namen eines eingesetzten Erben durchstreicht[29], oder

ββ. in einem spätren nicht rechtsbeständigen Testamente einen früher eingesetzten Erben nicht wieder instituirt[30], oder

---

27) L. 33 D. 27. 2: Sed haec . . nec admittenda nisi evidenter pater expresserit, velle se dare, etiamsi tutelam non administraret.

28) L. 12 § 4 D. 11. 17: Funus . . . facere . . . si aliquid pro hoc emolumentum ei relictum est, . . . si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur . . .

29) L. 16 § 2 D. 34. 9: Quum heredis nomen, mutata voluntate, paterfamilias incisis tabulis induxisset . . . eam rem legatariis non abesse, qui retinuerant voluntatem, . . . placuit, et ideo cum suo onere fiscum succedere (cf. auch die folg. Stelle l. 12).

30) L. 12 D. 34. 9: Quum quidam scripsisset heredes, quos instituere non potuerat: quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jam pridem Senatus hereditatem. Quod . . et in ejus persona judicavit, cujus nomen peracto testamento testator induxerat. Causam enim ad Praefectos aerarii misit. Verum ab eo legata relicta salva manserunt. De praeceptionibus

Digitized by Google

γγ. einen im Testament eingesetzten Erben in formloser Schrift für unwürdig erklärt[31], so kann hierdurch zwar das einmal gültig errichtete Testament nicht aufgehoben werden. Allein einem solchen Erben soll der Fiscus seine Erbportion entreißen.

bb. Von dem, was der Erbe zur Verkürzung von Vermächtnissen aus der Erbschaft unterschlug, verlor er ¼[32]. Wer aus der ihm hinterlassenen Erbschaft Sachen entwandte, verlor sein Anrecht an dieselben[33] (cf. Nr. c. γ.).

cc. Wer vom Erblasser als sein Kind eingesetzt war, nach dessen Tode aber als untergeschoben erwiesen wird[34].

β. Zu Gunsten anderer Personen.

aa. Der Verpfleger eines geisteskranken Erblassers entzieht die Erbschaft den nächsten Erben desselben, wenn er sie vergeblich aufgefordert hat, sich um denselben zu bekümmern[35] (cf. § 18 Nr. I. B.).

bb. Stirbt ein Unmündiger, so ist — zu Gunsten der sonst berufenen Erben — sowohl der Intestat-, wie auch der Pupillarsubstitutions-Succession in dessen Nachlaß verlustig, wer innerhalb eines Jahres nach dem Tode des Vaters desselben es unterlassen hat, für den Unmündigen einen tutor zu erbitten[36]. Unter den Intestaterben trifft diese Strafe jedoch nur den nächstberufenen. Dabei werden jedoch verschiedene Entschuldigungsgründe zugelassen (cf. Vering S. 293—294).

cc. Dem Erblasser, der sich in feindlicher Gefangenschaft befindet, succedirt die Kirche seines Domicilorts, wenn seine Eltern, seine wenig-

---

. . erit quaestio, et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat.

31) Const. 4 Cod. 6. 35: Hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi non potuit. Quia tamen testatrix, voluntatem suam non mereri unum ex heredibus, declaraverat, merito ejus portio . . . fisco vindicata est.

32) L. 6 D. 34. 9: . . heredem rei, quam amovisset, quartam non retinere . . . .

33) L. 48 D. 36. 1: Si . . res hereditarias furatus sit, in his . . denegari ei petitionem . .

Const. 5 Cod. 6. 37.

34) L. 46 pr. D. 49. 14: Aufertur ei quasi indigno successio, qui, quum heres institutus esset ut filius, post mortem ejus, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est.

35) Nov. 115 cap. 3 § 12 i. f.

36) Const. 10 Cod. 6. 58.

Digitized by Google

stens 18jährigen Kinder oder sonstigen Erben, wissend, daß sie seine testamentarischen oder gesetzlichen Erben sein werden, ihn absichtlich nicht loskaufen; vorausgesetzt daß er in der Gefangenschaft verstirbt und ihm damit die Gelegenheit entzogen war, das lieblose Betragen der Erben selbst zu strafen[37].

dd. Die nachfolgende Intestaterbclasse succedirt statt der Geschwister, wenn dieselben dem Erblasser nach dem Leben trachteten, ihn peinlich anklagten oder seinem Vermögen nachstellten[38].

c. Die dritte Rubrik endlich bezieht sich nur auf Vermächtnisse; und zwar bleibt das ereptorium hier stets beim Onerirten.

α. Wenn der Vermächtnißnehmer das Testament verheimlicht, so wird das Vermächtniß ereptorium[39].

β. Wenn der Vermächtnißnehmer den Erblasser nach Errichtung des Vermächtnisses beschimpft[40].

γ. Der Vermächtnißnehmer, der Sachen aus der Erbschaft entwendet, verliert so viel am Vermächtniß, als das Entwendete beträgt[41] (cf. Nr. b. α. bb.).

II. Rechtsverhältnisse, die durch Erwerb einer Erbschaft begründet werden.

§ 61.

A. Im Allgemeinen.

Koeppen, De vi, quam retro exerceat aditio hereditatis, commentatio. Jenae 1853. Köppen, Die Erbschaft. S. 123 ff. Bering in den Heidelb. Jahrb. 1857. S. 689 ff. Puchta im Rh. Mus. Bd. 3. S. 304. Windscheid in der krit. Ueberschau 1. S. 194 ff. Scheurl Beiträge. S. 37 ff. Reuner, Die institutio ex re certa. S. 4. Savigny Oblig. Bd. I. S. 196. Jhering Abhandlungen. Berlin 1844. Unterholzner Schuldverh.

---

37) Nov. 115 cap. 3 § 13, cap. 4 § 7.

38) Nov. 22 cap. 47 pr.

39) Const. 25 Cod. 6. 37: Si legatarius .... celaverit testamentum et postea hoc in lucem emerserit, an posset legatum .. ex eo testamento vindicare? dubitabatur. Quod inhibendum esse .., ut non accipiat fructum suae calliditatis ... Legatum illi .. auferatur, maneat autem pro non scripto apud heredem.

40) L. 31 § 2 D. 4. 4 L. 1 pr. D. l. 9 § 1 D. 34. 9.

41) Const. 5 Cod. 6. 37: Non est dubium, denegari actionem legatorum ei pro portione competente in his rebus, quas subtraxisse eum de hereditate apparuerit.

Cit. l. 48 D. 36. 1 (cf. Anm. 36)

Digitized by Google

Bd. II. S. 500 ff. Zimmern Grdr. des Erbr. Anhg. zu § 114. S. 64 ff. § 116. S. 68 ff. Arndts § 273. 521. 525. Puchta § 507. Brinz § 156. Sintenis § 190. Böcking Grdr. III. B. § 96. 105. Mühlenbruch-Glück Bd. 6. S. 70—152. Göschen § 936. Müller S. 700—701. Vangerow § 501—504. Bering S. 86—89. 512—514. Keller Instit. § 316. Vand. § 534. Arndts im Rtsl. Bd. 4. S. 17—19 (cf. auch die zu § 2 cit. Schriftsteller.).

Die Wirkung des Erbschafts-Erwerbs ist:

I. Universalsuccession.

II. Pflicht zur Erfüllung des letzten Willens.

Ad I. Universalsuccession. Die Hauptwirkung des Erbschaftserwerbs ist die, daß die Gesammtheit des Nachlasses des Verstorbenen auf den Erben übergeht (cf. § 1), als ob dieser unmittelbar im Augenblick des Todes in die Stelle desselben getreten wäre[1] (cf. § 2 Nr. II.), und daß die darin enthaltenen Rechte, Lasten und Verbindlichkeiten sich mit seinem eignen Vermögen vermischen. Der Erbe repräsentirt die Person des Erblassers, d. h. in alle vermöge der Natur des Erbrechts erwerblichen Vermögensverhältnisse tritt er als in ein Ganzes ein (cf. § 1). Die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers dauert fort und vereinigt sich mit der des Erben zu einer einzigen. Aus dieser vollkommenen, der Personen-Einheit sich nähernden Nachfolge und Repräsentation ergeben sich folgende Consequenzen:

A. Alle vermögensrechtlichen Verhältnisse, soweit ein Uebergang möglich ist (cf. § 1), gehen auf den Erben über.

1. Derselbe wird ganz von selbst Eigenthümer aller der dem Erblasser gehörigen Sachen und zwar sofort im Moment des Erbschaftserwerbs, nämlich durch einen sogen. transitus legalis. Er erwirbt die jura in re. Alle Obligationen gehen auf ihn über, active sowohl, als passive. Für die Erbschaftsschulden haftet der Erbe unbedingt, der Nachlaß mag zu ihrer Tilgung hinreichen oder nicht[2], wie wenn entweder er schon bei Contrahirung derselben an der Stelle des Erblassers gestanden hätte, oder jetzt der Erblasser an seiner Stelle stände (cf. § 62 init.).

Ausgenommen ist der Soldat, der als Erbe nur haftet, soweit der Nachlaß reicht. Er kann niemals auf mehr belangt werden, als die

---

1) Cit. l. 138 D. 50. 17 l. 193 D. eod. (cf. § 2 Anm. 14).

2) L. 8 pr. D. 29. 2: .. Hereditas quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo .. manifestum est.

Digitized by Google

Erbschaft deckt[3]. Diese Ausnahme ist jedoch weder auf den Fiscus, noch auf Kirchen oder Minderjährige auszudehnen.

2. Besitz und Ersitzung betreffend.

a. Da der Erbe die vom Erblasser angeknüpften vermögensrechtlichen Verhältnisse so fortsetzt, wie sie bei diesem bestanden, so kommt ihm auch der Usucapionsbesitz desselben zu Statten. Er tritt ein in dessen conditio usucapiendi (cf. § 2 Nr. I. B. 3.).

b. Mit dem Tode des Erblassers sind die Nachlaßsachen ohne Besitzer. Die hereditas jacens kann nicht besitzen (cf. § 2 Nr. I. C. i. f.). Alle Erfordernisse dazu fehlen ihr[4] (cf. Savigny Besitz S. 281. Ihering l. c. S. 247—252).

c. Zwar anomal, aber gerechtfertigt durch das practische Bedürfniß ist die positive Bestimmung, daß dennoch die hereditas jacens fähig ist, eine vom Erblasser begonnene Ersitzung fortzusetzen und sogar zu vollenden, also dadurch das Eigenthum der Sache zu erwerben (cf. § 2 Nr. I. B. 3.). Nur wird eine solche Fortsetzung der Ersitzung unterbrochen, wenn inzwischen ein Dritter die Sache in Besitz nahm[5].

d. Der antretende Erbe succedirt in allen diesen Beziehungen in usucapionem.

α. Hatte die hereditas jacens die Ersitzung vollendet, so tritt er ein in das von ihr erworbene Eigenthum.

β. Die vom Erblasser begonnene und von der hereditas jacens fortgesetzte, aber noch nicht vollendete Usucapion setzt er weiter fort und kann sie vollenden. Beides (α und β) gilt selbst ohne daß er von der Sache Besitz ergreift.

Unterholzner Verjährungslehre § 133 und theilweise Puchta Pand. § 156 not. l. leugnen dies, allein gegen die klare Entscheidung

---

3) Const. 22 § 15 Cod. 6. 30: . . Milites . . . . in tantum . . teneantur, quantum in hereditate invenerint.

4) L. 1 § 15 D. 47. 4: . . possessionem hereditas non habet, quae facti est et animi. Sed nec est heredis possessio, antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit, quod est hereditatis. Non autem fuit possessio hereditatis.

5) L. 6 § 2 D. 41. 4: Post mortem ejus, qui hominem emerit, expleto tempore, quod defuisset ad usucapionem, quamvis eum hominem heres possidere non coepisset, fiet tamen ejus, sed ita hoc, si nemo eum possedisset.

Digitized by Google

der Quellen[6]. Cit. l. 6 § 2 D. 41. 4 (cf. Ihering l. c. S. 252—261 namentlich auch über die l. 30 § 5 D. 41. 2, auf die Puchta seine Ansicht mit Unrecht stützt).

e. Besitzer der Nachlaßsachen wird der Erbe erst dadurch, daß er den Besitz derselben ergreift, oder in seinem Namen durch einen Stellvertreter ergreifen läßt, da der Besitz etwas rein Factisches ist[7]. Cit. l. 1 § 15 D. 37. 4. Sobald der Erbe die Erbschaft angetreten hat, hat er natürlich ein Recht zu dieser Ergreifung. Nur darf er natürlich keine Selbsthülfe üben, sondern muß, wenn ein Dritter Sachen hat und sie ihm vorenthält, denselben mit den ihm zustehenden erbrechtlichen Klagen belangen (s. unten).

Hat nun der Erbe den Besitz von Nachlaßsachen ergriffen und die Ersitzung der Sache ist dann noch nicht nach Nr. c. und d. vollendet, so setzt er nun den Ersitzungsbesitz des Erblassers fort, so daß er sich die ganze Zeit, in der der Erblasser besaß, und nach dessen Tode die Sache sich im Nachlasse befand, in seine Ersitzungszeit einrechnen kann[8].

f. War der Besitz des Erblassers ein fehlerhafter, fehlte ihm also justus titulus oder bona fides, so kann weder die hereditas jacens, noch der Erbe, sollte dieser auch in bona fide sein, die ordentliche Ersitzung fortsetzen[9].

---

6) L. 31 § 5 D. 41. 3: Vacuum tempus, quod ante aditam hereditatem, vel post aditam intercessit, ad usucapionem heredi procedit.

L. 7 pr. D. 41. 4: Qui fundum pro emtore possidebat, antequam diutinam possessionem impleret, decessit. Servi, qui in possessione relicti fuerant, discesserunt relinquendae ejus gratia. Quaesitum est, an nihilominus heredi tempus longae possessionis procedere potest. Respondit, etiam discedentibus servis hoc tempus heredi procedere.

7) L. 23 pr. D. 41. 2: . . Adita hereditate omnia . . jura ad nos transeunt; possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.

L. 30 § 5 D. eod: Quod per colonum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere.

8) L. 14 § 1 D. 44. 3: . . heredibus . . . datur accessio testatoris.

L. 2 § 18 D. 41. 4: Etiam heredi ulteriori defuncti possessio proderit, quamvis medius heres possessionem ejus nactus non sit.

9) § 12 I. 2. 6: Diutina possessio, quae prodesse coeperat defuncto, . . heredi . . continuatur, licet ipse sciat, praedium alienum esse. Quodsi ille initium justum non habuit, heredi . ., licet ignoranti, possessio non prodest . . .

Digitized by Google

Hat der Erblasser den Besitz bona fide begonnen, der Erbe weiß aber, daß die Sache demselben nicht gehörte, ist also in mala fide, so kann er die vom Erblasser begonnene Ersitzung nach Römischem Recht dennoch vollenden, weil er lediglich als Fortsetzer der vom Erblasser begonnenen Ersitzung gilt, das Römische Recht aber bona fides nur zur Zeit des Anfangs des Ersitzungsbesitzes fordert[10]. Cit. § 12 I. 2. 6. Allein nach Canonischem Recht und daher auch bei uns ist bona fides die ganze Ersitzungszeit hindurch erforderlich. Dem Erben schadet seine mala fides nach heutigem Römischen Recht nur dann nicht, wenn zur Zeit seiner Antretung die Ersitzung von der hereditas jacens bereits vollendet ist.

3. Wenn ein Nichterbe Sachen besitzt in der entschuldbaren Meinung, Erbe zu sein, so kann er zwar die Sache titulo pro herede usucapiren[11] und sie demnach von Dritten, wenn er ihren Besitz verliert, vindiciren. Jedoch schützt ihn diese usucapio pro herede nicht gegen den wahren Erben. Dieser rescindirt sie mit der hereditatis petitio in Folge der Ausdehnung, die diese Klage durch das S. C. Juventianum erhielt[12] (s. unten). Wohl aber schützt ihn gegen den wahren Erben die sogen. praescriptio longissimi temporis, d. h. die Erbschaftssachen, die er 30 Jahre lang bona fide als vermeintlicher

---

10) L. 2 § 19 D. 41. 4: Si defunctus bona fide emerit, usucapietur res, quamvis heres scit alienam esse.

11) L. 33 § 1 D. 41. 3: . . hic, si heres institutus fuerit . . incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius si justam causam habuerit existimandi, se heredem . . . extitisse, fundum pro herede possidebit.

12) Gaj. II. § 57: . . nam ex auctoritate Hadriani S. Ctum factum est, ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

L. 25 § 17 D. 5. 3: . . singulas res, si nondum usucaptae sunt, vindicare possit.

Const. 7 Cod. 3. 31: Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoveri . . . A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicare posse manifestum est: si non agentis intentio per usucapionem vel longum tempus explosa sit.

Const. 4 Cod. 7. 34: Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his, qui nec pro herede, nec pro possessore, sed pro emto . . . res . . . possident, quum ab his successio vindicari non possit, nihil haec juris definitio noceat . . .

Digitized by Google

Erbe besaß, kann ihm der wahre Erbe nicht mehr abfordern[13]. Ebenso ist gegen den wahren Erben geschützt, wer nicht als vermeintlicher Erbe, sondern titulo speciali, eine Sache usucapirt hat, z. B. pro emtore. Const. 7 cit.; const. 4 cit. L. 25 § 17 cit. Andrerseits usucapirt der wahre Erbe gültig eine Sache, von der er irrthümlich glaubt, der Erblasser oder z. B. dessen Sclav habe sie justo titulo erworben, z. B. gekauft[14].

4. Der Uebergang auf den antretenden Erben erstreckt sich jedoch nur auf die übertragbaren Vermögensrechte. Ausgeschlossen bleiben:

a. Alle Familienrechte. Die patria potestas, tutela, Ehe vererben sich nicht. Nur der Patronat über Freigelassene machte eine Ausnahme, indem derselbe bald als Vermögens-, bald als Familienrecht behandelt ward.

b. Das factische Domicil und der factische Besitz.

c. Vermögensrechte, die überhaupt mit dem Tode erlöschen: Personalservituten, streng persönliche Privilegien, das vom Landesfürsten den andrängenden Gläubigern gegenüber ertheilte Moratorium, die streng persönlichen Verträge: societas, mandatum, Compromiß; nicht aber aus solchen schon entstandene actiones.

d. Eine Reihe von Klagen, die sog. actiones vindictam spirantes, d. h. privatrechtliche Klagen wegen erlittener nicht-vermögensrechtlicher Verletzung, z. B. die actio injuriarum (cf. § 1).

B. Verschmelzung des Vermögens des Erben mit der Erbschaft. Confusio bonorum.

1. Waren obligatorische Verhältnisse zwischen Erblasser und Erben begründet, so sind diese im Augenblicke der Antretung ipso jure aufgehoben, z. B. eine Forderung, wenn der Gläubiger seinen Schuldner beerbt, oder umgekehrt[15]. Confusio jurium. Mit der obli-

13) Const. 8 § 1 Cod. 7. 39.

14) L. 5 § 1 D. 41. 10: Sed id, quod quis, quum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio. Quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet: veluti si ob id aliquid possideam, quod servum .. ejus, cujus in locum hereditario jure successi, emisse id falso existimem . . .

15) L. 95 § 2 D. 46. 3: Aditio hereditatis nonnunquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris vel contra debitor creditoris adierit hereditatem.

Digitized by Google

gatio selbst sind auch deren Accessionen erloschen, z. B. die Bürgschaft, die ein Dritter für den Schuldner übernahm, und das Pfandrecht, mit dem ein Dritter seine Sache für den Schuldner belastete[16]. Fand das obligatorische Verhältniß zwischen dem Erblasser und nur einem einzigen von mehren Miterben Statt, so tritt die confusio nur pro parte ein[17].

2. Ebenso erlöschen die dinglichen Rechte, Servituten, Pfandrechte u. s. w., welche zuvor dem Erben an Sachen des Erblassers, oder umgekehrt, zustanden[18].

3. Das aus zwei Massen in eine einzige zusammengeflossene Vermögen ist das gemeinsame Object für die Gläubiger der Erbschaft und für die Gläubiger des Erben, so daß, wenn Concurs ausbricht, sich die beiderseitigen Gläubiger zu einer einzigen Reihenfolge arrangiren (cf. jedoch § 62 u. 63).

4. Die weitre Consequenz ist, daß die origo dieses Gesammtvermögens nicht mehr in Betracht kommt, so daß beim Tode des Erben, und bei seiner Beerbung dasselbe lediglich als dessen untheilbares Vermögen, bez. Nachlaß, angesehen wird[19].

L. 2 § 18 D. 18. 4: Quum quis debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desinit.

L. 75 D. 46. 3: . . si debitor heres creditori extiterit, confusio hereditatis perimit petitionis actionem.

L. 33 D. 24. 3.

16) L. 71 pr. D. 46. 1: Puto, aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam, sed et accessiones ex ejus persona liberari . . . quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut, quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant . . . .

L. 38 § 5 D. 46. 3: . . ait, sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque, qui fidejusserit, liberari . . .

17) L. 50 D. 46. 1: Debitori creditor pro parte heres extitit, accepto coherede fidejussore. Quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit, aut . . . solutionis. Pro parte coheredis obligatio salva est, non fidejussoria sed hereditaria, quoniam major tollit minorem.

18) L. 1 D. 8. 6: Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit.

L. 18 D. 8. 1: In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

19) L. 10 § 2 D. 28. 6: Filio impuberi heredi . . instituto substitutus quis est. Extitit patri filius heres. An possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest;

Digitized by Google

5. Grenzen der confusio bonorum.

a. Beerbt der Gläubiger einen von mehren correi, oder umgekehrt, so werden die übrigen nicht liberirt. Ein jeder der übrigen haftet vielmehr, nach wie vor, für das Ganze. Freilich hat ein jeder auch eine exceptio doli mali gegen den, welcher jetzt Gläubiger und correus in Einer Person ist[20], aber nur wenn und soweit er, im Falle geleisteter Zahlung, einen Regreß haben würde gegen den verstorbenen correus, was lediglich von dem Verhältniß abhängt, in dem die correi unter einander stehen.

b. Beerbt der Gläubiger den Bürgen oder umgekehrt, so ist nur die Bürgschaftsobligation erloschen, d. i. des Bürgen Verbindlichkeit gegen den Gläubiger und des Gläubigers persönliches Recht gegen den Bürgen, nicht die obligatio zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner selbst[21].

c. Beerbt der Bürge den Schuldner oder umgekehrt, so gilt ebenfalls die Bürgschaftsobligation als erloschen[22]. Nur bleibt sie in Kraft, falls sie ein volleres Recht gewährt, als die Hauptobligation, falls diese z. B. nur eine naturalis obligatio, also nicht klagbar ist[23].

---

aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius. Juncta enim hereditas coepit esse.

L. 28 D. 42. 5: . . . hereditas patris et filii una est, et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur.

L. 7 § 2 D. 29. 2: Qui ei heres extitit, qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse, nec potest Titii omittere hereditatem.

20) L. 71 pr. D. 46. 1: . . Igitur alterum reum ejusdem pecuniae (der sog. correus) non liberari et per hoc nec fidejussorem vel mandatorem ejus (diese wurden im Eingang dieser Stelle [s. Anm. 16] unter accessiones verstanden), plane quia is mandati judicio eligere potest vel creditorem. Competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri. Cum altero autem reo . . in solidum . . . posse creditorem agere (cf. Arndts § 273 Anm. 1).

21) L. 71 pr. fin. D. 46. 1: Si creditor fidejussori heres fuerit vel fidejussor creditori, puto convenire, confusione obligationis non liberari reum (reus hier: Schuldner).

22) L. 5 D. 46. 1: . . ait, eum, qui heres extitit ei, pro quo intervenerat, liberari ex causa accessionis et solummodo quasi heredem rei (i. e. debitoris) teneri . . . scripsit, si fidejussor heres extiterit ei, pro quo fidejussit, quasi reum esse obligatum, ex causa fidejussionis liberari.

23) L. 95 § 3 D. 46. 3: Quod vulgo jactatur: „fidejussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fidejussionis liberari", toties verum est, quoties rei plenior promittendi obligatio invenitur.

Digitized by Google

Ad II. Die Nebenwirkung des Erbschaftserwerbs ist die dem Erben aus dem Erwerb erwachsende Verbindlichkeit, die Auflagen, Befehle und selbst bloße Bitten zu erfüllen, die der Erblasser letztwillig ihm auferlegte, bez. an ihn richtete: namentlich die angeordneten Vermächtnisse und den angeordneten Modus zu erfüllen.

Diese Verbindlichkeit betrachten die Römer als eine obligatio quasi ex contractu[24].

Solche Auflagen haften nur auf dem, was hinterlassen ist. Sie verpflichten den Erben nicht ultra vires hereditatis. Die Vermächtnisse sind nur gültig, soweit nach Abzug der Schulden sich noch ein Ueberschuß am Vermögen ergiebt[25].

Bei Erben pro parte spalten sich diese Auflagen nach den Erbtheilen, wenn nicht die Anordnung des Erblassers ein Andres ergiebt.

Für dies ganze Gebiet gilt die Theorie von der obligatio quasi ex contractu. Daraus folgt, daß keine actio gegen den Erben entstehen kann, wenn nicht ein Dritter einen Anspruch gegen ihn erworben hat. Verbietet z. B. der Testator dem Erben, eine Sache zu veräußern (testamentarisches Veräußerungsverbot), und zwar zu Gunsten eines Dritten, damit dieser dieselbe später haben soll, so ist dies für den Dritten ein Vermächtniß, erwirbt ihm also einen Anspruch. Andernfalls ist das Verbot ein nudum praeceptum, d. h. ein guter Rath,

---

L. 38 § 5 D. eod.: Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit; post idem heredem te instituit. Quamvis ex causa fidejussoria non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit....

24) § 5 I. 3. 27: Heres . . legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur . . quasi ex contractu debere intelligitur.

L. 3 § 3 D. 42. 4: . . videtur impubes contrahere, quum adit hereditatem.

L. 4 D. eod.: . . qui miscuit se, contrahere videtur.

L. 5 § 2 D. 44. 7.

25) § 1 l. 2. 24: . . ne plus quisquam rogetur, alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit... Quod amplius est, inutiliter relinquitur.

L. 11 § 5 D. 35. 2: . . quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii.

L. 17 D. 39. 6: . . quum legata ex testamento ejus, qui solvendo non fuit, inutilia sint.

L. 1 § 17 i. f. D. 36. 1: . . neminem enim oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenit...

Digitized by Google

den der Erbe nicht zu befolgen braucht[26]. Die Befolgung ist der Pietät des Erben überlassen.

Die confusio bonorum, die normale Wirkung des Erbschaftserwerbs kann durch zwei beneficia stark modificirt werden: durch das beneficium inventarii zu Gunsten des Erben (cf. § 62) und durch das beneficium separationis zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger (cf. § 63).

B. Rechts-Verhältniß des Erben zu den Gläubigern und Vermächtnißnehmern.

§ 62.

1. Beneficium inventarii.

Nov. I. cap. 2.

Marezoll, Const. 22 § 1 Cod. 6. 30 im civil. Arch. Bd. VIII. Nr. 10. 6. Seestern-Pauly, De quaestione, quanto modo heres, qui hereditatem inventario neglecto adiit, legata debeat? Diss. inaug. Kiel. 1859. Buchholtz, Ueber den Einfluß der Zeit auf Antretung, Transmission und Ausschlagung des Erben in der Gießner Zeitschr. Bd. X. Nr. 10. bes. S. 402 ff. Schröder, De inventarii confectione. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 501. Zimmern Erbr. des Erbrts. Anhang zu § 116. S. 68 ff. Strippelmann Entschdg. des O. A. G. zu Cassel. Bd. III. Abth. 2 S. 1 ff. Arndts § 523. Puchta § 508. Brinz § 159. Sintenis § 185. Holzschuher S. 809—817. Seuffert § 572. Böcking Erbr. III. B. § 108. Mühlenbruch-Glück Bd. 41. S. 355 ff. Göschen § 138. Müller S. 843—845. Vangerow § 502. Vering S. 517—519. Keller § 535. Arndts im Rtsl. Bd. 4. S. 19—20. Heimbach das. Bd. 1. S. 909—917.

Der Erbe haftet nicht blos so weit, wie der Nachlaß reicht, sondern unbedingt, wie wenn er ursprünglicher Schuldner wäre. Cit. l. 8 pr. D. 29. 2 (cf. § 60 Nr. A. 1). Die Schulden hafteten unmittelbar auf der Person des Erblassers, nicht auf dessen Vermögen. Das Vermögen bietet den Gläubigern nur in subsidium ein Mittel dar, sich Befriedigung zu verschaffen. Der Erblasser war seinen Gläubigern verpflichtet, soweit deren Forderungen reichten, nicht soweit sein Vermögen reichte. Ebenso ist nun auch der Erbe denselben verpflichtet, nicht soweit die Erbschaft reicht, sondern soweit deren Forderungen reichen.

---

26) L. 114 § 14 D. de leg. I.: . . qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint: quia talem legem testamento non possunt dicere.

Digitized by Google

Zu den Schulden des Erblassers gehören alle vererblichen Verbindlichkeiten, die ihn banden. Der Erbe muß die facta defuncti prästiren. Z. B. A. besitzt ein Pferd des B., das er für das seinige hält, und verkauft es an X. Hier ist er dem X. zur Evictionsleistung verpflichtet. Beerbt nun B. den A. und fordert er sein Pferd von X. heraus, so weist ihn X. mit der exceptio rei venditae et traditae zurück. Die Veräußerung seines Erblassers muß er anerkennen, als wäre sie seine eigne[1]. Er muß alle Dispositionen anerkennen, welche der Erblasser inter vivos über seine, des Erben, Sachen getroffen hat. Hat der Erblasser des Erben Sachen, dieselben besitzend oder nicht besitzend, verkauft oder verpachtet, so geht diese Vertrags-Obligation des Erblassers auf den Erben über, wie jede andre. Wer Erbe zu $^1/_3$ ist, kann $^2/_3$ der Sache vindiciren, wenn der Erblasser sie verkauft hatte. Nur zu $^1/_3$ hat er des Erblassers Disposition über seine Sache anzuerkennen. Auch diese Vertrags-Obligation des Erblassers geht wie jede andre nur pro parte hereditaria über. Const. 14 i. f. Cod. 3. 32 cit. verbis: „pro qua portione".

Der Gefahr, einen überschuldeten Nachlaß anzutreten, wich man im ältren Römischen Recht dadurch aus, daß der Delat den Gläubigern einen Accord anbot. Dabei konnte die Minorität der Gläubiger überstimmt werden. Auch ließ sich der Delat von den Gläubigern einen Auftrag zur Antretung ertheilen; er trat an ex mandatu

---

1) L. 73 D. 21. 2: Seja fundos . . doti dedit. Eos fundos vir . . viva Seja sine controversia possedit, post mortem deinde Sejae Sempronia, heres Sejae, quaestionem pro praedii proprietate facere instituit . . . Paulus respondit, jure quidem proprio, non hereditario, Sempronium . . . controversiam fundorum facere posse, sed evictis praediis eandem Sempronium, heredem Sejae, conveniri posse (auf Evictionsleistung) vel exceptione doli mali summoveri posse.

Const. 14 Cod. 3. 32: Quum a matre domum filii . . comparasse proponas, adversus eum, dominium vindicantem, si matri non successit, nulla te exceptione tueri potes. Quod si venditricis obtinet hereditatem doli mali exceptione, pro qua portione ad eum hereditas pertinet, uti non prohiberis.

Const. 3 Cod. 4. 51: Venditrici succedenti . . . venditionem rescindere ac dominium revocare non licet. Sed et si haec ex persona sua vindicet, vel exceptione te doli mali, si hanc viam elegeris, tueri, vel evicta re, si defensione monstrata uti nolueris, quanti tua interest poteris experiri.

Const. 14 Cod. 8. 45.

Digitized by Google

creditorum. Hier ist er durch die gewöhnliche actio mandati contraria gegen jeden Schaden gesichert[2].

Den Soldaten half Kaiser Gordianus II. dadurch, daß er verordnete, sie brauchten nicht ultra vires hereditatis zu haften (cf. § 61 Nr. A. 1 i. f.).

Das Soldatenprivilegium will Justinian generalisiren und hieraus bildet er das Beneficium inventarii. Der Delat, welcher alsbald die Erbschaft antritt und über den Bestand derselben ein solennes Inventar aufnimmt, soll niemals über den Erbschaftsbetrag hinaus haften[3]. Er ist Beneficial-Erbe.

---

2) L. 32 D. 17. 1: Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum praestari, et hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo . . .

L. 4 pr. D. 44. 4: . . quaeritur, si, quum Titio mandassent creditores hereditarii, ut adiret hereditatem, unus non mandasset decipiendi ejus causa, mandaturus alioquin, si non foret hic aditurus, deinde agat: an exceptione repellatur? Et ait Celsus, doli eum exceptione repellendum.

3) § 6 I. 2. 19: Sciendum tamen est, divum Hadrianum etiam majori XXV annis veniam dedisse, quum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio praestitit, divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit: sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc praestitit beneficium et constitutionem . . scripsit, cujus tenorem si observaverint homines, licet iis et adire hereditatem et in tantum teneri, quantum valere bona hereditatis contingit; ut ex hac causa neque deliberationis auxilium iis fiat necessarium, nisi . . et deliberandum existimaverint, et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

Const. 22 Cod. 6. 30: . . constitutionem . . Gordianus ad Platonem scripsit de militibus, qui per ignorantiam adierint hereditatem, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hereditate defuncti invenerint, ipsorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur . . . nobis apparuit esse humanum . . ., non solum milites adjuvare hujusmodi beneficio, sed etiam ad omnes hoc extendere, non tantum si improvisum emerserit debitum, sed etiam si onerosam quis inveniat esse, quam adierit, hereditatem . . . § 1. Quum igitur hereditas ad quendam sive ex testamento sive ab intestato fuerit delata, sive ex asse sive ex parte, si quidem recta via adire maluerit hereditatem . . . vel sese immiscuerit . . . nullo indiget inventario, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa. Similique modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, ei apertissime intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se esse vel vocatum heredem, renuntiet, nullo nec inventario faciendo nec alio circuitu exspectando et sit alienus hujusmodi hereditate . . . . . .

Digitized by Google

Das ältre Recht kannte als Schutz gegen die unbedingte Selbsthaftung des Erben nur das jus deliberandi (cf. § 53). Allein

§ 2. Sin autem dubius est, utrumne admittenda sit necne . . hereditas: non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hereditatem, vel sese immisceat. Omni tamen modo inventarium ab ipso conficiatur, ut, intra triginta dies — post apertas tabulas vel postquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit, numerandos — exordium capiat inventarium super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat. Et hoc inventarium intra alios sexaginta dies . . . impleatur sub praesentia tabulariorum ceterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt. Subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem et quantitatem rerum, et quod, nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda, res apud eum remanent, vel, si ignarus sit literarum vel scribere praepediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat, venerabili signo antea manu heredis praeposito, testibus videlicet assumendis, qui heredem cognoscant, et jubente eo, tabularium pro se subscribere, interfuerint.

§ 3. Sin autem locis, in quibus res hereditariae vel maxima pars earum posita est, heredes abesse contigerit, tunc eis unius anni spatium a morte testatoris numerandum damus ad hujusmodi inventarii consummationem . . . .

§ 4. Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint: et hereditatem sine periculo habeant, et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores; et, si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia . . . heredes amittant . . . Sed et si legatarii interea venerint: et eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus vel ex earum forsitan venditione.

§ 5. Sin vero creditores, qui et post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant: neque ipsum heredem inquietari concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverunt res, quarum pretia in legata . . vel alios creditores processerunt. Licentia creditoribus non deneganda, adversus legatarios venire et vel hypothecis vel indebiti condictione uti et haec, quae acceperint, recuperare . . .

§ 6. Sin vero heredes res hereditarias creditoribus . . pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint: liceat aliis creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre.

§ 9. In computatione autem patrimonii damus ei excipere et retinere, quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem vel in inventarii confectionem vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Sin vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hae confundantur; sed similem aliis creditoribus per omnia habeat fortunam, temporum tamen praerogativa inter creditores servanda.

Digitized by Google

dies schützte nicht vor Täuschung über den Erbschaftswerth. Auch konnte der unredliche, leichtsinnige Delat auf Kosten der Erbschaftsin-

---

§ 10. Licentia danda creditoribus seu legatariis . . . si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres inventario scripsit... legitimis modis, quod superfluum est, approbare vel . . . per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint: ut, undique veritate exquisita, neque lucrum neque damnum aliquod heres ex hujusmodi sentiat hereditate . . . Si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc restituere vel hereditatis quantitati computare compellantur.

§ 11. Donec tamen inventarium conscribitur . . . nulla erit licentia neque creditoribus neque legatariis . . eos inquietare vel ad judicium vocare vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare: sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum; nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praejudicio generando.

§ 12. Sin vero, postquam adierint vel sese immiscuerint . . ., inventarium facere distulerint et datum . . tempus . . . effluxerit: tunc . . et heredes esse omnimodo intelligantur et debitis hereditariis in solidum teneantur, nec legis nostrae beneficio perfruantur . . . .

§ 13. . . deliberationem . . putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam et debere ei derogari . . . Sed quia quidam . . pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, . . . ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemtores, indulgemus quidem eis petere deliberationem vel a nobis vel a nostris judicibus . . .

§ 14. Sin autem hoc aliquis fecerit et inventarium conscripserit — necesse est enim omnimodo deliberantem inventarium cum omni subtilitate facere — non liceat ei, post tempus praestitutum, si non recusaverit hereditatem . . ., nostrae legis uti beneficio; sed in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur . . . et sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen . . . Si quis . . autem deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, et . . hereditatem minime repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiae beneficio minime utatur. Quodsi post deliberandum recusaverit inventario minime conscripto, tunc res hereditatis creditoribus vel his, qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur, quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a judice statuenda . . . .

§ 15. . . . milites, etsi propter simplicitatem praesentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint. Quam, patres conscripti, in hujusmodi casibus in posterum obtinere sancimus.

Nov. I. cap. 2 § 1: . . . convocare omnes legatarios . . quanticunque in eadem civitate sunt constituti, aut quosdam pro eis agentes,

Digitized by Google

treffenten den Betrag des Nachlasses beeinträchtigen, jedenfalls aber doch Verzögerung und Hinhaltung herbeiführen.

Durch die Einführung der Rechtswohlthat des Inventars von Seiten Justinian's in const. 22 Cod. cit. und Nov. I. cap. 2 § 1. 2 ward jenen Uebelständen vollständig abgeholfen. Die unbedingte Haftungspflicht des Erben ward beschränkt, zugleich aber auch die Lage der Gläubiger practisch besser gestellt, als zuvor.

Wir betrachten hier nun:

A. Die Bedingungen, unter denen der Erbe zum beneficium inventarii gelangt.

1. Die Hauptbedingung ist: Der Erbe muß die Erbschaft antreten. Er darf nicht etwa um eine Deliberationsfrist bitten. Diese Bitte schließt das beneficium inventarii aus.

Einer Deliberationsfrist bedarf der Beneficial-Erbe übrigens auch nicht. Justinian selbst sagt in const. 22 § 13 Cod. cit. die Deliberationsfrist sei durch das beneficium inventarii eigentlich ganz überflüssig geworden. Aus Rücksicht auf das Bestehende wolle er zwar die Möglichkeit einer Nachsuchung derselben nicht abschneiden, jedoch solle auch der Deliberationserbe ein Inventar errichten, indem er bei Unterlassung der Inventarserrichtung im Antretungsfalle alle Vermächtnisse ungeschmälert, ohne Abzug der Quarta Falcidia, zahlen müsse und im Ausschlagungsfalle die Interessenten zum Schätzungseid zugelassen werden sollen (cf. § 53 Nr. C. 6 a u. b.) const. 22 § 12—14 Cod. cit. Ungeachtet nun ein Deliberationserbe ein Inventar errichtet hat, hat er doch nicht das beneficium inventarii. Er haftet den Erbschaftsgläubigern ultra vires hereditatis, während der Hauptvortheil des beneficium inventarii der ist, daß der Beneficial-Erbe über den Bestand der Erbschaftsmasse hinaus nicht haftet (cf. Nr. B. 1. b.).

---

si forte personarum natura aut dignitas, aut qualitas, aut aetas, aut quaelibet necessitas facultatem eis non dat ad inventarii praesentiam. Si vero absunt aliqui, interesse testes in ipsa civitate fide dignos et possidentes substantiam et optimae opinionis existentes, non minus tres, coram quibus convenit fieri inventarium . . . . .

§ 2. Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram . . non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios . . . licet purae substantiae morientis transcendat mensuram legatorum datio . . .

Digitized by Google

2. Das Inventar soll ein genaues Verzeichniß der gesammten im Nachlaß enthaltenen Activa und Passiva sein. In den ersten 30 Tagen von dem Tage an, an dem der Delat die Delation erfuhr, muß derselbe mit der Aufnahme des Vermögensverzeichnisses beginnen. Der 30ste ist der späteste Tag. Das so begonnene Inventar muß binnen weitren 60 Tagen zu Ende gebracht werden, also von dem ersten Zeitpuncte an binnen 90 Tagen. Wenn jedoch die Erbschaft entfernt oder zerstreut liegt, so hat der Erbe ein Jahr Zeit zur Vollendung, vom Tode des Erblassers an gerechnet. Const. 22 § 2. 3 Cod. cit. Bei dieser Aufnahme sollen zwei tabularii zugezogen werden, was man „Notare" übersetzt. Die am Orte anwesenden Gläubiger und Vermächtnißnehmer oder deren Stellvertreter und in deren Ermanglung drei anständige am Orte ansässige Zeugen sollen auch beigezogen werden. Nov. I. cap. 2 § 1 cit. Der Erbe soll das Verzeichniß unterschreiben mit der Versicherung, daß er gewissenhaft und redlich inventarisirt habe. Kann er nicht schreiben, so soll er ein Kreuz machen und ein dritter tabularius statt seiner unterschreiben.

3. Das Inventar enthält zunächst alle Activa, wobei eine summarische Taxe einzutreten pflegt. Dann folgen die Passiva, ebenfalls mit Angabe des Werthes, wonach abgezogen werden Beerdigungs- Testamentseröffnungs- und Inventarisirungskosten const. cit. § 9. Das Ende des Inventars giebt die Totalsumme, Passiva subtrahirt von den Activis. Die Gläubiger können vom Erben einen sogen. Manifestationseid verlangen, daß er nach bestem Gewissen das Inventar aufgestellt habe und was sich noch finden sollte, angeben und nachtragen wolle. Unterschlagenes und Verhehltes muß er doppelt ersetzen const. cit. § 10.

Statt dieses weitläuftigen Verfahrens kann der Testator selbst eine Privatspecification seines Vermögens in seinem Testamente hinterlassen und an Eidesstatt die Richtigkeit derselben versichern. Alsdann ist die Erbschaftsantretung unter Berufung auf jenes Inventar, wenn sie in der gesetzlichen Inventurfrist erfolgt, für hinreichend zu achten (cf. Mühlenbruch l. c. S. 428): wenigstens dann, wenn der Testator nach der Testamentserrichtung nicht mehr erhebliche Erwerbungen gemacht oder Schulden contrahirt hat.

B. Die Wirkungen des beneficium inventarii theilen wir in zwei Classen:

Digitized by Google

1. Die Vortheile des errichteten Inventars.

a. Der Beneficial-Erbe kann von den Gläubigern und Vermächtnißnehmern, während er mit der Anfertigung des Inventars beschäftigt ist, nicht belangt werden, mit was für Klagen es auch immer sei; sie dürfen ihn auch nicht mit Mahnungen belästigen. Dritte dagegen, deren Eigenthum sich unter dem Nachlaß befindet (Vindicanten), können dasselbe vindiciren (cf. Mühlenbruch l. c. S. 430 ff.).

Damit aber hieraus für die Forderungen der Erbschaftsgläubiger kein Nachtheil entstehe, so soll während dieses Zeitraums die Verjährung ihrer Klagen schlafen. Const. cit. § 11.

b. Nach gehöriger Inventarisirung haftet der Beneficial-Erbe den Gläubigern nur soweit, als der Nachlaß reicht, nicht ultra vires hereditatis. Const. cit. § 4. Reicht der active Nachlaß zur Deckung der Schulden nicht aus, so fallen die Gläubiger für den Rest ihrer Forderung durch. Auch braucht er den Vermächtnißnehmern nichts zu zahlen. Bleibt nach Abzug der Schulden noch activer Nachlaß, so hat er von diesem zwar die Vermächtnisse zu zahlen, kann aber seine Falcidische Quart abziehen, const. cit. § 2 — 11 Nov. I. cap. 2 cit. Wenn Manche dem inventarisirenden Erben das Recht einräumen, die Erbschaft auszuschlagen, wenn er sie mit Passivis überlastet findet, so ist dies irrig (cf. Buchholtz l. c. S. 420. Vangerow l. c. in § 53 S. 151).

c. Bei der Antretung cum beneficio inventarii tritt die confusio bonorum nicht ein. Um den reinen Bestand der Activa herzustellen, kann der Erbe seine Forderungen an den Erblasser, wie ein andrer Gläubiger, aus dem Nachlasse bezahlt verlangen und muß seine Schulden an den Erblasser, wie ein andrer Schuldner, in den Nachlaß einzahlen. Const. cit. § 9.

d. Der Beneficial-Erbe haftet nicht für die Dispositionen des Erblassers über seine Sachen. Wenn z. B. der X. (etwa in meiner Abwesenheit und aus Irrthum) mein Grundstück verkaufte, und sich durch den ihm gezahlten Kaufpreis bereicherte, hierauf ich sein Erbe werde cum beneficio: so bleibt, weil die confusio bonorum nicht eintritt, das Rechtsverhältniß dasselbe, als hätte der X. eines Dritten Grundstück verkauft. Der Dritte hätte es vom Käufer vindicirt. Der Käufer würde mich als Erben des Verkäufers auf Evictionsleistung belangen. Ich aber hafte ihm evictionis nomine nicht ultra

Digitized by Google

vires hereditatis. Vor keinem der übrigen Erbschaftsgläubiger hat er einen Vorzug. Ebenso nun, wenn mein Grundstück es war, welches der Erblasser verkaufte. Proprio, non hereditario, jure vindicire ich es vom Käufer. Als Erben des Verkäufers belangt mich der Käufer auf Evictionsleistung. Cit. l. 73 D. 21. 2 cit. const. 3 Cod. 4. 51 (cf. Anm. 1). Ich aber hafte ihm evictionis nomine nicht ultra vires hereditatis. Vor keinem der übrigen Gläubiger hat er einen Vorzug. Bin ich nur Miterbe, so hafte ich nicht ultra vires meiner Erbportion.

e. Der Beneficial-Erbe bezahlt bona fide die Gläubiger und Vermächtnißnehmer, wie sie sich melden, ohne Rücksicht auf Priorität, bis keine Activa mehr vorhanden sind. So kann er auch sich selbst den Betrag seiner Forderungen auszahlen. Const. cit. § 4—8. Weist es sich dann aus, daß die Erbschaft insolvent war, so nehmen die nicht befriedigten Gläubiger ihren Regreß gegen die befriedigten Vermächtnißnehmer, oder Gläubiger, und zwar in solidum, wenn sie nach den Principien des Concursverfahrens ein Vorzugsrecht haben, pro rata aber, wenn sie im Concurse mit den befriedigten Gläubigern gleichmäßig zur Zahlung gelangt wären.

Die Deutsche Praxis bildete hieraus ein geregeltes Verfahren, unter Aufgebot aller unbekannten Gläubiger, den sogen. Erbschafts-Liquidations-Proceß. Dadurch ist insonderheit auch die Bestimmung antiquirt: daß der Erbe sogar die mit Pfand belasteten Erbschaftssachen rechtsgültig veräußern kann, daß die Pfandgläubiger ihr Pfandrecht gegen dritte Besitzer, an die er die Sachen veräußert hat, nicht mehr sollen verfolgen können, sondern nur gegen Vermächtnißnehmer und Mitgläubiger, welche er etwa durch Uebertragung solcher Sachen befriedigt hat, daß sie vielmehr, wenn er die Sachen an dritte Personen veräußert hat, gleich den chirographarischen Gläubigern — wenn auch mit einem Vorzugsrechte vor denselben — sich an die befriedigten Vermächtnißnehmer und Mitgläubiger halten sollen. Const. cit. § 5. 6.

2. Die Nachtheile des nicht errichteten Inventars.

a. Hat der Erbe angetreten, ohne überhaupt ein Inventar zu errichten, oder ohne die gesetzlichen Vorschriften dabei zu beobachten, so muß er die Schulden auch ultra vires hereditatis zahlen. Const. 22 § 13 cit.

b. Er muß die Vermächtnisse auszahlen,

Digitized by Google

α. ohne die Quart abzuziehen und

β. sogar ultra vires hereditatis. Nov. I. cap. 2 § 2. Die Vermächtnisse ergreifen sein eignes Vermögen. Diesen Nachtheil kann der Erblasser jedoch testamentarisch erlassen.

Allgemeine Regeln:

1. Wenn von mehren Erben Einer ein Inventar anfertigt, so kommt dies nicht den übrigen, sondern nur ihm allein zu Gute.

2. Auch der suus heres, wenn er in den genannten Fristen das Inventar anfertigt, kann von diesem beneficium Gebrauch machen. Const. cit. § 1: „vel sese immiscuerit"; § 2: „vel sese immisceat"; § 1: „vel abstinendam... hereditatem"; § 12: „vel sese immiscuerint".

3. Der Soldat haftet auch ohne Inventarserrichtung nicht ultra vires hereditatis. Const. cit. § 15.

4. Wird der Erbe zu einer Erklärung nicht gedrängt, wie lange kann er dann nach neuerem Recht die Erklärung über Antritt oder Ausschlagung hinausschieben? In dieser Hinsicht ist er nach const. 22 Cod. cit. gar nicht beschränkt (cf. Vangerow l. c. in § 53 S. 151 ff.). Aber freilich, wenn er nicht in 30 Tagen antritt und ein Inventar beginnt, so kann er zwar immer noch antreten, nur nicht mehr cum beneficio inventarii.

5. Nach Deutscher Praxis muß der Beneficial-Erbe beim competenten Erbschaftsgericht seinen Antritt cum beneficio inventarii erklären. Hierauf vollzieht das Gericht selbst die Inventarisation — wobei die obigen Fristen nicht beobachtet werden — und die Regulirung der Masse. Um die Schulden festzustellen, werden Edictalladungen an die unbekannten Gläubiger erlassen.

Ueberwiegen nun die Activa, so muß der Erbe die Erbschaft annehmen. Dabei ist dann anzunehmen, daß confusio bonorum allerdings wieder eintritt, daß der Erbe wieder facta defuncti prästirt, und daß er des Erblassers Dispositionen über seine, des Erben, Sachen wieder anzuerkennen hat.

Ueberwiegen die Passiva und will er nicht freiwillig als unbevorzugter Erbe die Masse übernehmen: so bleibt dieselbe ihm völlig fremd, als hätte er gar nicht angetreten, und das Concursverfahren tritt ein.

Diese Procedur ist angemessener, als die Justinianische; auch

Digitized by Google

werden die Gläubiger nach ihrem Range befriedigt. Nur wird die Sache länger hinausgezogen und die Gerichtskosten sind oft sehr groß.

Auch die neueren Gesetzbücher legen die Inventarisirung in die Hände des Gerichts. Nach Sächsischem Recht hat eine bloße eidliche Privatspecification des Nachlasses ohne öffentliche Form die Wirkung eines Inventars (cf. Holzschuher S. 817).

§ 63.

2. Beneficium separationis.

Dig. de separationibus (42. 6). Cod. de bonis auct. jud. possid. s. venumd. et de separationibus bonorum (7. 72).

Schmidt, De jure separat. Diss. acad. Lips. 1815. Carrach, Differentia jur. Rom. et Germ. in benef. separationis § 10. Spangenberg, Ueber das Separationsrecht ex jure crediti bei Concursen, im civil. Arch. Bd X. Nr. 19. Bd. XIV. Nr. 6. Fritz, Ueber die l. 1 § 9 D. de separat. (42. 6.) das. Bd. XII. Nr. 17. Arndts § 524. Puchta § 509. Brinz § 157. Sintenis § 186. Holzschuher S. 817—821. Böcking Erbr. III. B. § 107. Mühlenbruch-Glück Bd. 41 S. 378 ff. Göschen § 939. Vangerow § 503. Vering S. 515—517. Keller § 536. Heimbach im Rtsl. Bd. 1. S. 917—924. Arndts im Rtsl. Bd. 4 S. 22.

Regel ist: Das durch den Erbschaftsantritt vereinigte Vermögen des Erbenden und des Erblassers haftet für alle Schulden des Erblassers wie des Erbenden.

Gleichwie nun durch diesen Rechtssatz der Erbende gefährdet ist, falls die Erbschaft überschuldet ist, ebenso gefährdet derselbe auch die Erbschaftsgläubiger, falls der Erbende überschuldet ist. Z. B. der Erblasser hinterläßt 4000 fl. Activa und 3000 fl. Passiva. Der Erbende hat nur 1000 fl. Activa und 4000 fl. Passiva. Nach dem Zusammenfluß der beiden Massen sind also aus 5000 fl. Activa 7000 fl. Passiva zu befriedigen. Die Erbschaftsgläubiger, welche einer solventen Masse gegenüberstanden, stehen mithin jetzt einer insolventen gegenüber. In ähnlicher Gefahr befinden sich die Gläubiger, wenn zwar beide Massen überschuldet sind, aber die des Erbenden in höherem Grade, als die Erbschaft.

Gleichwie nun dem Erbenden, zum Schutz vor jener Gefahr das beneficium inventarii gegeben ist, ebenso ist den Erbschaftsgläubigern zum Schutz vor dieser das beneficium separationis gegeben, das Absonderungsrecht.

1. Kraft desselben fordern sie, daß der Nachlaß von dem Vermögen des Erbenden getrennt werde und daß sie aus dem Nach-

Digitized by Google

lasse befriedigt werden[1], ehe derselbe an den Erben gelange, bez. ehe die Gläubiger des Erben aus demselben befriedigt werden[2].

2. Berechtigt sind die Erbschaftsgläubiger, also auch der Erbe, der zugleich Erbschaftsgläubiger ist, gegen den insolventen Miterben[3], ferner auch solche Gläubiger, die nur eine bedingte oder betagte Forderung haben[4]. Jeder Einzelne für sich kann das beneficium geltend machen. Nur für diejenigen, die es geltend machen, hat es Wirkung[5].

3. Das gleiche Recht haben auch die Vermächtnißnehmer.

4. Haben sie jedoch mit den Gläubigern zusammen separatio bonorum erwirkt, so werden zuerst befriedigt die Erbschaftsgläubiger,

---

1) L. 1 § 1 D. 42. 6: ... debitorem quis Sejum habuit, hic decessit; heres ei extitit Titius. Hic non est solvendo; patitur bonorum venditionem. Creditores Seji dicunt, bona Seji sufficere sibi, creditores Titii contentos esse debere bonis Titii, et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem. Fieri enim potest, ut Sejus quidem solvendo fuerit potueritque satisfacere suis creditoribus, vel ita semel, etsi non in assem, in aliquid tamen satisfacere, admissis autem commixtisque creditoribus Titii, minus sint consecuturi, quia ille non est solvendo, aut minus consequantur, quia plures sunt. Hic est igitur aequissimum, creditores Seji, desiderantes separationem, audiri impetrareque a Praetore, ut separatim quantum cujusque creditoribus praestetur.

2) L. 5 D. 42. 6: Si illis (creditoribus hereditariis, qui separationem impetraverunt) satisfactum fuerit: quod superest, tribuetur propriis heredis creditoribus.

L. 1 § 17 init. D. 42. 6: .. creditores .. heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, id posse habere in suum debitum.

L. 3 § 2 D. eod.: In quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut, si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi. Quod ... admittendum est circa creditores heredis, dimissis hereditariis (cf. Anm. 11 i. f.).

3) Const. 7 Cod. 7. 72: Si uxor tua pro triente .. heres extitit ... debitum a coheredibus pro besse (2/3) petere non prohibetur, quum ultra eam portionem, qua successit, actio non confundatur. Sin autem coheredes solvendo non sint, separatio postulata nullum ei damnum fieri patiatur.

4) L. 4 pr. D. 42. 6 verb.: quoniam et ipsis cautione communi consulitur.

5) L. 1 § 16 D. eod.: Quaesitum est: si forte sint plures creditores, quidam secuti heredem, quidam non secuti et hi, qui heredem secuti non sunt, impetraverint separationem, an eos secum admittant, qui secuti sunt? Et putem, nihil eis prodesse; hos enim cum creditoribus heredis numerandos.

Digitized by Google

dann die Vermächtnißnehmer[6], und erst dann gelangt der Nachlaß an den Erben, bez. an dessen Gläubiger.

5. Suchen die Vermächtnißnehmer nach, die Gläubiger nicht, so werden zuerst befriedigt die Vermächtnißnehmer, dann die Erbschaftsgläubiger und die Gläubiger des Erbenden, unter einander gemischt.

6. Suchen die Erbschaftsgläubiger nach, die Vermächtnißnehmer nicht, so werden zuerst befriedigt die Erbschaftsgläubiger, dann die Gläubiger des Erbenden, endlich die Vermächtnißnehmer.

7. Suchen weder Erbschaftsgläubiger, noch Vermächtnißnehmer nach, so werden zuerst befriedigt Erbschaftsgläubiger und Gläubiger des Erbenden unter einander gemischt, dann die Vermächtnißnehmer.

Dieser letzte Satz (Nr. 7) ist die Regel, wie sie aus der confusio bonorum sich ergiebt. Nr. 4. 5. 6 sind nur Modificationen derselben, jenachdem entweder Gläubiger oder Vermächtnißnehmer oder aber beide in Folge der Separation vorweg befriedigt werden.

Mit Unrecht hat man Nr. 6 und 7 bestritten und gleiches Befriedigungsrecht der Vermächtnißnehmer mit den Gläubigern des Erbenden behauptet (cf. Arndts im Rtsl. Bd. 4 S. 22). Man hat hierfür angeführt: „des Erben Gläubiger könne man doch nicht so betrachten, als seien sie des Erblassers Gläubiger gewesen: und darum könne die confusio bonorum keine vollständige sein". Allein wenn auch der erstre Satz richtig ist, so ist doch der zweite noch nicht richtig. Die confusio bonorum ist allerdings eine vollständige, denn in dem Erben sind folgende zwei Personen erkennbar:

a. der Successor eines Rechtssubjects,

b. ein eignes Rechtssubject.

Der Erblasser selbst ist natürlich nicht in ihm erkennbar.

Beide Personen verschmelzen vollständig in einander. Daraus folgt:

α. Diejenigen, welche seine Gläubiger sind in seiner Eigenschaft

---

6) L. 6 pr. D. eod.: . . . non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est; ita ut, quum in creditoribus solidum acquisitum fuerit, legatariis vel solidum, vel portio quaeratur.

L. 4 § 1 D. eod.: Legatarios autem in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit.

Cit. const. 22 § 5 Cod. 6. 30 (cf. § 62 Anm. 3).

Digitized by Google

als successor eines Rechtssubjects, gelten als seine Gläubiger auch in seiner Eigenschaft als eignes Rechtssubject.

β. Diejenigen, welche seine Gläubiger sind in seiner Eigenschaft als eignes Rechtssubject, gelten als seine Gläubiger auch in seiner Eigenschaft als successor eines Rechtssubjects.

Darum sind denn im Fall der Nr. 7 (d. i. wenn weder Erbschaftsgläubiger, noch Vermächtnißnehmer das Separationsrecht geltend gemacht haben,) allerdings die beiderseitigen Gläubiger völlig untereinander zu mischen. Und da die Erbschaftsgläubiger den Vermächtnißnehmern nun einmal vorgehen, so sind auch die unter einander gemischten Gläubiger den Vermächtnißnehmern voranzustellen. (Um diese Voranstellung der eignen Gläubiger des Erben zu vermeiden, ist den Vermächtnißnehmern eben das beneficium separationis gegeben.) Cf. Mühlenbruch Lehrb. § 709 not. 5.

8. Die eignen Gläubiger des Erben haben dies Separationsrecht nicht, obgleich sie möglicher Weise dasselbe Interesse haben, z. B. wenn ein solventer Schuldner leichtfertig, oder aus Irrthum eine insolvente Erbschaft ohne das beneficium inventarii antritt; denn wenn er cum beneficio inventarii antritt, so ist nicht nur er, sondern dann sind auch sie gesichert. Allein eine überschuldete Erbschaft antreten ist practisch nichts Andres, als eine neue Schuld contrahiren. Die Antretung einer überschuldeten Erbschaft von Seiten unsres Schuldners gehört zu den mancherlei Chancen, denen wir als Creditoren nun einmal ausgesetzt sind. Durch viele Umstände kann ein Schuldner insolvent werden[7].

Tritt jedoch jemand in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, eine insolvente Erbschaft an, so stehen denselben die Grundsätze über das in fraudem creditorum gestum zur Seite[8]. Außerdem wird in

---

7) L. 1 § 2 D. 42. 6: Ex contrario autem creditores Titii (sc. heredis) non impetrabunt separationem. Nam licet alicui, adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem. At, qui . . adiit hereditatem debitoris mei, non faciet meam deteriorem conditionem adeundo, quia licet mihi separationem impetrare; suos vero creditores oneravit, dum adiit hereditatem, quae solvendo non est; nec poterunt creditores ejus separationem impetrare.

8) L. 1 § 5 D. eod.: Quaesitum est, an interdum etiam heredis creditores possunt separationem impetrare, si forte ille in fraudem

Digitized by Google

einem ganz singulären Falle den Gläubigern des Erben eine Quasi-Separation zum Schutz gegen die Erbschaftsgläubiger ertheilt und zwar so, daß dieselben von einer dem Erben zustehenden in integrum restitutio Gebrauch machen, wenn er selbst von derselben nicht Gebrauch machen will[9].

9. Die Separation wird auf Antrag der Erbschaftsgläubiger oder Vermächtnißnehmer nach Statt gehabter causae cognitio durch Decret des Gerichts ertheilt[10].

10. Werden die Separatisten aus dem Nachlaß nicht vollständig befriedigt, so können sie den Erben nie mehr in Anspruch nehmen, gesetzt auch derselbe hätte sine beneficio inventarii angetreten, oder im eignen Concurse des Erben bliebe nach der Befriedigung seiner Gläubiger noch ein Ueberschuß, oder er gelangte später zu Vermögen. Die Erbschaftsgläubiger haben die Vortheile der Separation genossen. Die Separation hebt die confusio bonorum auf. Sie haben daher auch die Nachtheile dieser Aufhebung zu tragen[11].

---

ipsorum adierit hereditatem? Sed nullum remedium est proditum . . : nisi si extra ordinem putamus Praetorem . . . subvenire . . . , quod non facile admissum est.

9) L. 1 § 6 D. eod. : Sed si quis suspectam hereditatem compulsus fuerit adire, et restituere hereditatem, deinde non sit, cui restituat, . . . ipsi . . desideranti, succurri sibi adversus creditores hereditarios, subveniemus . . . Creditoribus quoque hujusmodi heredis desiderantibus hoc idem praestandum puto, licet ipse non desideravit; ut quasi separatio quaedam praestetur.

10) L. 1 pr. D. 42. 6: Sciendum est, separationem impetrari decreto Praetoris.

L. 1 § 14 D. eod. Const. 2 Cod. 7. 72: Est . . . indemnitatis . . remedium edicto Praetoris creditoribus hereditariis demonstratum, ut, quoties separationem bonorum postulant, causa cognita impetrent.

11) L. 1 § 17 D. h. t. : Item sciendum est, vulgo placere, creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, id posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cujus rei ratio illa est, quod, qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, quum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi. Separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit . . . . .

L. 5 D. eod. : Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt, et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus : non poteruntrevertiad heredem, sed eo, quod semel postulaverunt, stare

Digitized by Google

11. Hat der Hauptschuldner den Bürgen beerbt, so kann der creditor, obgleich er das beneficium separationis impetrirt hat, sich immer noch an den Erben halten, da dieser ja der eigentliche Schuldner ist[12].

12. Wenn die Separatisten über den Bestand der Erbschaft und das Vermögen des Erben aus ganz besondren Gründen irrten, so können sie sich gegen die erwirkte Separation in integrum restituiren lassen[13].

13. Die Separation wird nicht ertheilt:

a. Wenn die Berechtigten ausdrücklich oder thatsächlich auf die Separation verzichtet haben. Als verzichtend gilt der Erbschaftsgläubiger, qui heredem sequitur, z. B. wer sich vom Erben zur Sicherung seiner Forderung ein Pfand oder einen Bürgen stellen läßt, mit

---

debent. Sed si post impetratam separationem aliquid heres acquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id, quod acquisitum est illi ... At si ex alia causa heres acquisierit, non admittentur ... Quodsi proprii ad solidum pervenerunt, id, quod supererit, tribuendum hereditariis quidam putant. Mihi autem id non videtur. Quum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt et quasi defuncti bona vendiderunt, quae augmenta non possunt recipere. Idemque existimo dicendum, etiam si circa separationem bonorum decepti minus consecuti sunt, quam proprii heredis creditores. Proprii autem heredis creditores habent propria ejus bona et personam, quae potest, donec vivit, acquirere. (Durch vorstehende zwei ausführliche Stellen wird der widersprechende Inhalt der kürzer und generell sich ausdrückenden l. 3 § 2 D. h. t. in Anm. 2 verb.: „aliquid ex bonis heredis ferat" aufgehoben. In l. 5 D. cit. wird hier jene entgegenstehende Ansicht — „quidam putant" — ausdrücklich angeführt und verworfen.)

12) L. 3 pr. § 1 D. 42. 6: Debitor fidejussori heres extitit ejusque bona venierunt. Quamvis obligatio fidejussionis extincta sit, nihilominus separatio impetrabitur petente eo, cui fidejussor erat obligatus...; neque enim ratio juris, (quae) causam fidejussionis propter principalem obligationem, quae major fuit, exclusit, damno debet afficere debitorem ... § 1. Quid ergo, si, bonis fidejussoris separatis, solidum ex hereditate stipulator consequi non possit? utrum portio cum ceteris heredis creditoribus ei quaerenda erit, an contentus esse debebit bonis, quae separari maluit? Sed quum stipulator iste, non adita fidejussoris a reo hereditate, bonis fidejussoris venditis, in residuum permiscere debitoris creditoribus potuerit: ratio non patitur, eum in proposito summoveri.

13) L. 1 § 17 i. f. D. 42. 6: Si .. temere separationem petierunt creditores ..., impetrare veniam possunt, justissima scilicet ignorantiae causa allegata.

Digitized by Google

ihm eine novatio vornimmt, sich von ihm Zinsen versprechen läßt[14], nicht dagegen, wer eine Abschlagszahlung von ihm annimmt, ihn mahnt, ihn gerichtlich belangt[15].

b. Wenn der Erbe die Erbschaft, oder einzelne Stücke aus ihr bona fide veräußert hat[16]. Verpfändung von Erbschaftsstücken wird aber durch Separation rückgängig. Der Separatist geht dem Pfandberechtigten vor[17].

c. Wenn der Nachlaß bereits in der Weise mit dem Vermögen des Erben vermischt ist, daß eine Ausscheidung thatsächlich nicht mehr möglich ist. Hat die Vermischung nur zum Theil Statt gefunden, so kann die Separation noch auf den Rest nachgesucht werden[18].

d. Wenn seit der Erbantretung 5 Jahre verflossen sind[19].

14. Bedürfen die Erbschaftsgläubiger einer separatio, um des Erblassers Vermögen von dem des Erben zu trennen, wenn der Erbe ein Inventar errichtete?

Manche Civilisten, namentlich ältre Practiker (cf. Mühlenbruch Bd. 41 S. 378 ff. Holzschuher S. 820) verneinen diese Frage, da ja das Gesetz (const. 22 Cod. 6. 30) den Nachlaß von dem Vermögen des Erben absondere.

---

14) L. 1 § 10 D. 42. 6: ... creditores posse impetrare separationem, qui non novandi animo ab herede stipulati sunt, ... quippe quum secuti sunt nomen heredis, nec possunt se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt. Sed et si usuras ab eo ea mente, quasi eum eligendo, exegerunt, idem erit probandum.

L. 1 § 15 D. eod.: Si quis pignus ab herede acceperit, non est ei concedenda separatio, quasi eum secutus sit.

15) L. 7 D. eod.: Qui judicium dictaverunt heredi, separationem quasi hereditarii possunt impetrare, quia ex necessitate hoc fecerunt.

16) L. 2 D. h. t.: Ab herede vendita hereditate, separatio frustra desiderabitur, utique si nulla fraudis incurrit suspicio. Nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.

17) L. 1 § 3 D. eod.: .. etiamsi obligata res esse proponatur ab herede jure pignoris vel hypothecae, attamen, si hereditaria fuit, jure separationis hypothecario creditore potiorem esse eum, qui separationem impetravit ...

18) L. 1 § 12 D. 42. 6: .. posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem .... Quid ergo, si praedia extent ... vel aliud quod separari potest? Hic utique poterit impetrari separatio ...

19) L. 1 § 13 D. eod.: .. ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium, post aditionem numerandum, separatio non postulabitur.

Digitized by Google

Allein das Gegentheil ist doch für richtiger zu halten. Das beneficium inventarii schließt nur die Erbschaftsgläubiger von einer Befriedigung aus dem eignen Vermögen des Erben aus, nicht zugleich umgekehrt die eignen Gläubiger des Erben von einer Befriedigung aus dem Nachlaß. Es bezweckt nur des Erben Sicherung gegen die Erbschaftsgläubiger, gar nicht die Sicherung der Erbschaftsgläubiger gegen die eignen Gläubiger des Erben. Die Absondrung, die das beneficium inventarii bewirkt, ist nur eine relative, nicht eine absolute. Sie hält nur die Erbschaftsgläubiger zurück vom Vermögen des Erben. Nur das beneficium separationis hält die eignen Gläubiger des Erben zurück vom Nachlaß.

Die Absondrung dagegen, die das beneficium separationis bewirkt, ist allerdings eine absolute. Natürlich nur bis zur Befriedigung der Separatisten. In diesem Augenblick erlischt die Separation und die confusio bonorum tritt ein. Sie hält, wie wir sub Nr. 10 sahen, auch die Erbschaftsgläubiger zurück vom eignen Vermögen des Erben. Nur wenn nicht dem Erben selbst, sondern seinen Gläubigern, vom Gesetz gestattet wäre, das beneficium inventarii herbeizuführen, würde die Billigkeit fordern, daß sie dafür nun auch ihrerseits von einer Befriedigung aus dem Nachlaß ausgeschlossen seien.

C. Verhältniß zu den Miterben.

§ 64.

1. Theilung der Erbfolge.

Cod. de actionibus hereditariis (4. 16). Cod. si unus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti solverit, vel acceperit (8. 32). Cod. de luitione pignoris (8. 31).

Arndts § 526. Puchta § 516. Brinz § 166. Böcking Grdr. III. B. § 109. Müller S. 846. Göschen § 959. Keller Instit. § 316. Pand. § 537. Bering S. 526—529.

Mit dem Wesen der Erbschaft ist es verträglich, daß dieselbe unter mehre Miterben, coheredes, sich theile, so daß jeder von diesen in universum jus succedire, aber jeder nur zu einem Theile (pro parte; sog. pars quota). Alle repräsentiren hier den Verstorbenen in gleicher Weise, ob auch zu verschiedenen Theilen und obgleich nur alle zusammen ihn vollständig repräsentiren (cf. § 1 Nr. 4).

Erwerben nun die mehren Erben gemeinschaftlich die ihnen deferirten Erbtheile, so entsteht unter ihnen eine vermögensrechtliche

Digitized by Google

Gemeinschaft, communio incidens. Dann gilt Alles, was wir bisher vom Erwerb des Erbrechts gelehrt haben, für jeden einzelnen Miterben und zwar nach Verhältniß seiner Erbquote. Jeder stellt die Person des Erblassers zu seiner Quote dar. Je nach den verschiedenen einzelnen Bestandtheilen der Erbschaft äußert sich dieser Satz folgendermaßen:

A. Eigenthum und dingliche Rechte werden für die Miterben in Quoten gespalten. Es entsteht dadurch eine communio pro indiviso. Die Miterben werden Eigenthümer aller einzelnen Erbschaftssachen, jeder nach seiner Quote (condomini pro indiviso).

B. Die Forderungen und Schulden des Erblassers sind ipso jure gespalten nach Bruchtheilen der Erbschaft, obligationes ipso jure divisae sunt. Von jeder einzelnen Forderung des Erblassers und jeder einzelnen Schuld desselben geht ein Theil, je nach seiner Erbquote, auf jeden Erben über[1]. Einer vertragsmäßigen Theilung der Forderungen oder Schulden bedarf es nicht.

An diesem Verhältniß kann, was die Schulden betrifft, der Erblasser auch nichts ändern, d. h. er kann nicht bestimmen, daß die Gläubiger sich in einem anderen, als dem durch die Erbquoten bestimmten, Verhältnisse an die Erben halten sollen, nicht z. B. daß von zwei Miterben dem einen eine bestimmte Schuld allein aufliegen und der andre von derselben frei sein solle. Der Gläubiger hat hier nach wie vor das Recht, den andren auf ½ zu belangen. Wohl kann er freilich per modum legati seinen Gläubigern das Recht einräumen, sich für die ganze Forderung an einen der Erben allein zu halten. Dennoch

---

1) Cit. const. 1 Cod. h. t. 8. 32 (cf. Anm. 4).

Const. 2 Cod. eod.: Actio . . personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita scinditur.

Const. 6 Cod. 3. 36: Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege XII tabularum divisa sint.

Const. 1 Cod. 4. 2: . . hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis . . pertinere.

Const. 1 Cod. 8. 36.

L. 25 § 1 D. 10. 2: . . Quemadmodum cessat famil. ercisc. judicium, quum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sunt.

Cit. const. 1 Cod. 8. 32 (cf. Anm. 4).

Digitized by Google

steht es auch hier in des Gläubigers Willkür, jeden Erben nach seiner Quote zu belangen[2].

C. Tritt der Fall einer confusio von jura in re z. B. ususfructus und von Obligationen ein, so wirkt sie für jeden Miterben blos zu seiner Erbquote[3].

D. Die Untheilbarkeit eines Rechtsverhältnisses bringt unvermeidlich gewisse Modificationen der obigen Regeln mit sich[4]. (Cf. Vering S. 527—529. Göschen § 959 S. 438—440. Vangerow Bd. III. § 367 Anm. 2. Arndts § 216.)

---

2) L. 69 § 2 D. de leg. I.: Si testator quosdam ex heredibus jusserit, aes alienum solvere, non creditores habebunt adversus eos actionem, sed coheredes, quorum interest hoc fieri . . . .

3) L. 14 D. 7. 4: Excepta capitis minutione vel morte, reliquae causae vel pro parte interitum ususfructus recipiunt.

L. 6 pr. D. 7. 2: Idem et si apud unum ex tribus fructuariis consolidatus sit ususfructus.

L. 50 D. 46. 1: Debitori creditor pro parte heres extitit . . . Quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit . . . sed pro parte coheredis obligatio salva est.

4) L. 30 § 1 D. 8. 2: Si partem praedii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam: non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur . . .

L. 25 § 9 D. 10. 2: . . . Sed verius est . . ., omnibus in solidum competere actionem, et si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationis fieri oportere.

L. 17 D. 18. 1: Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est, et ideo si stipulator decesserit, pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt, et si promissor decesserit pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.

L. 2 § 2 D. 45. 1: . . ut et stipulatoris viae vel itineris heredes singuli in solidum habeant actionem; sed quidam hoc casu extingui stipulationem putant, quia per singulos acquiri servitus non potest; sed non facit inutilem stipulationem difficultas praestationis (cf. Vering l. c. not. 3).

L. 25 § 10 D. 10. 2: Contra, si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis, nec dividitur obligatio, nec dubium est, quin duret, quoniam viam promittere et is potest, qui fundum non habet; igitur quia singuli in solidum tenentur, officio judicis cautiones interponi debent, ut si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur.

Const. 1 Cod. 8. 32: Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis heredibus relictis, actionem quidem personalem inter eos ex lege XII tabul. dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri. L. 29 D. 10. 2 L. 7 § 12 D. 10. 3 L. 11 § 4 D. 13. 7.

Digitized by Google

E. Die hereditatis petitio steht dem Miterben nur zu pro sua parte, wobei vorausgesetzt wird, daß der Kläger seine Quote bestimmt angeben kann. Schwierig ist daher seine Lage, wenn er mit dem venter concurrirt. Hier nimmt man vorläufig an, daß Drillinge werden geboren werden (cf. § 70 Nr. IV.).

§ 65.

2. Theilung der Erbmasse. Actio familiae erciscundae.

Dig. famil. erciscundae (10. 2). Cod. famil. erciscundae (3. 36). Cod. Communia utriusque judicii, tam famil. ercisc., quam communi dividundo (3. 38).

Cujacius, Recit. ad Dig. X. 2 (opp. VII. p. 484 sq.). Voet, De familia erciscunda liber singularis, Ultrajecti 1672. **Westphal**, Syst. der Lehre von den einzelnen Vermächtnissen u. der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793. Wolf, De pignore a creditoris heredibus in famil. ercisc. judicium deducto. Kiliae 1843. **Huschke** im Rh. Mus. Bd. VI. S. 280. **Zimmermann** im civil. Arch. Bd. XXXIV. Nr. 9. **Müller** in der Gießner Zeitschr. Bd. I. S. 313 ff. Linde das. S. 317 ff. **Planck**, Mehrheit der Streit. S. 127 ff. besond. S. 135 ff. **Rosthirt** testam. Erbr. Bd. II. S. 81 ff. **Strippelmann** Entscheidg. des O. A. G. zu Cassel. Bd. V. S. 390 ff. **Arndts** § 527. **Puchta** § 511. **Brinz** § 108. § 166—168. **Sintenis** § 188. **Holzschuher** S. 830—838. **Böcking** Erbr. III. B. § 110—113. **Mühlenbruch-Glück** Bd. 11. S. 1—118. **Göschen** § 963—966. **Vangerow** § 514. **Vering** S. 530—536. **Keller** § 541. **Heimbach** im Rtsl. Bd. 3. S. 947—956.

Das aus dem Miterbenrecht hervorgehende Rechtsverhältniß ist mathematisch und juristisch klar, bedarf auch rücksichtlich der Obligationen keiner Nachhülfe. Bei Eigenthum aber und dinglichen Rechten ist das daraus hervorgehende Verhältniß der communio pro indiviso auf die Dauer unpracticabel. Ein solches Communionsverhältniß ist etwas sehr Lästiges, zumal der Erbe sich seinen Miterben und Eigenthumsgenossen nicht nach seinem Geschmack wählt: „Cum coherede non contrahimus (wie bei der societas), sed incidimus in eum“ sagt l. 25 § 16 D. 10. 2. Communio est mater rixarum. Jede Disposition der Eigenthümer über ihr Eigenthum, sowie jede practische Benutzung desselben setzt Einstimmigkeit unter denselben voraus. Deshalb schreiten die Erben in der Regel möglichst bald nach der Erbschaftsantretung zur Aufhebung dieser communio. Sie theilen nun entweder vertragsweise die einzelnen Erbschaftssachen reell untereinander. Dies ist die gütliche, außergerichtliche Erbtheilung. So wenig wie testamentarische, ebensowenig kann auch vertragsmäßige Anordnung die Verbindlichkeit der einzelnen Er-

Digitized by Google

ben, nach Verhältniß ihrer Quoten die Gläubiger zu befriedigen, den Gläubigern gegenüber abändern[1].

Eine zweite ist die testamentarische Erbtheilung. Der Erblasser selbst kann nämlich in seinem letzten Willen einzelne Sachen unter seine Erben vertheilen[2], auch wenn er sie auf bestimmte Quoten einsetzt. Er kann z. B. verfügen, der eine Erbe solle die Mobilien, der andre die ausstehenden Capitalien, der dritte sein Landhaus haben, und dies kann er auch in einem bloßen Codicill anordnen; denn eine solche Zuweisung einzelner Erbschaftsstücke ist ein Prälegat (cf. § 88).

Die dritte ist die gerichtliche Erbtheilung. Können Parteien sich über die Erbauseinandersetzung gütlich nicht einigen, so geschieht diese in Folge der Anstellung der Erbtheilungsklage durch ein Urtheil des Richters.

Schon die XII Tafeln hatten hier das Hülfsmittel gefunden in der actio familiae erciscundae (Erbsonderungsklage), und damit die Verpflichtung eines jeden coheres ausgesprochen, die durch das Miterbenrecht entstandenen Communionsverhältnisse durch Theilung oder Geldabfindung aufzulösen[3]. Diese Erbtheilungsklage ist analog der actio communi dividundo und beruht auf denselben Grundsätzen. Nur geht sie nicht auf gänzliche Auseinandersetzung, indem Einzelnes durch die actio communi dividundo, oder auch actio negotiorum gestorum erledigt wird, z. B. wenn ein Miterbe eine Erbschaftsschuld ganz bezahlt oder eine Erbschaftsforderung ganz eincassirt hat. Cit. const. 3 Cod. 2. 19 (cf. Anm. 31) cit. l. 20 § 4 D. h. t. (cf. Anm. 35).

---

1) Const. 23 Cod. 3. 36: Licet pacto divisionis adversus singulos actio pro hereditariis portionibus creditori parata mutari non possit.

2) Const. 10 Cod. eod.: Quotiens inter omnes heredes testator successionem dividit ac singulos certis possessionibus . . jubet esse contentos, voluntati ejus . . obtemperandum esse manifestum est.

3) L. 1 pr. D. 10. 2: Haec actio proficiscitur ex lege XII tabularum; namque heredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur, aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.

L. 2 D. eod.: Per familiae erciscundae actionem dividitur hereditas . . . . sive ex testamento sive ab intestato, sive ex lege XII tabul. sive ex aliqua lege deferatur hereditas . . Et generaliter eorum duntaxat dividi hereditas potest, quorum peti potest hereditas. (Das Wort herciscere [in d. L. Rubr. 'erciscunda', auch in der Florent. stets erciscere] ist etymologisch noch nicht gehörig aufgeklärt. cf. Huschke l. c. S. 280.)

Digitized by Google

I. Kläger ist jeder anerkannte Miterbe, cit. l. 2 i. f. D. h. t., auch der prätorische und auch qui coheredis loco sunt, nämlich Universalfideicommissar[4] und Erbschaftskäufer (cf. § 81 Nr. II.). Auch der impubes arrogatus hat die Klage wegen seiner Quarta divi Pii als utilis familiae erciscundae actio[5].

Der Rechtsgrund der Klage ist die unter den Miterben begründete Obligation, nicht das Erbrecht. Das Erbrecht ist nur die Voraussetzung[6], nicht der Rechtsgrund der Erbtheilungsklage. Daraus folgt: während das Erbrecht nur gegen den Besitzer der Erbschaft geltend zu machen ist, so kann mit dieser Klage geklagt werden, wenn auch keine der streitenden Parteien sich im Besitz der Erbschaft befindet[7].

Ist der Kläger nicht im Besitz der Erbschaft und der Beklagte bestreitet ihm sein Miterbrecht überhaupt oder zu der beanspruchten Quote, so nennen die Rechtsquellen diesen Einwand die praescriptione praejudicium hereditati fiat. Die Folge hiervon war, daß der Richter den Kläger abwies und es ihm überließ, zuvor sein Erbrecht mit der hereditatis petitio in einem besondren Processe auszuführen. Ist dagegen der Kläger im Besitz der Erbschaft und der Beklagte bestreitet ihm nun sein Erbrecht, so soll die Frage über das bestrittene Erbrecht nicht zum besondren Processe verwiesen, sondern gleich in der Verhandlung der actio famil. ercisc. als sogenannter Incidentpunct mit verhandelt werden[8]. Gesetzt nun, der Kläger wird

---

4) L. 24 § 1 D. h. t.: Famil. ercisc. judicium . . et inter bonorum possessores et inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano Scto, et ceteros honorarios successores locum habet.

L. 40 D. eod.: Si ex asse heres institutus rogatus sit, mihi partem aliquam restituere, veluti dimidiam, utile fam. ercisc. judicium recte inter nos agetur.

5) L. 2 § 1 D. 10. 2: Si quarta ad aliquem ex const. divi Pii arrogatum deferatur . . . utile erit fam. erc. judicium necessarium.

6) L. 2 D. eod.: . . . Eorum duntaxat dividi potest hereditas, quorum peti potest hereditas.

7) L. 25 § 1 D. eod.: Quantum vero ad accipiendum fam. ercisc. judicium nihil interest, possideat quis hereditatem necne.

L. 1 § 1 D. eod.: Quae quidem actio nihilominus ei quoque . . . competit, qui suam partem non possidet.

8) L. 1 § 1 D. 10. 2: . . Si is, qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: si in eare, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat; licet negetur esse

Digitized by Google

auf Grund jener Einrede mit seiner actio famil. ercisc. abgewiesen, so hat er durch die Anstellung der Erbtheilungsklage doch noch nicht anerkannt, daß dem Beklagten wirklich ein Miterbenrecht zustehe. Nichts andres als dies und das sogleich Auseinanderzusetzende will die l. 37 D. 10. 2[9] besagen (cf. Vangerow § 514 Anm. 4).

Sieht der Kläger während des Processes den Irrthum ein, in Folge dessen er den Beklagten, der in Wahrheit sein Miterbe gar nicht war, dennoch für einen solchen hielt, so ist er berechtigt, seinen Proceß fallen zu lassen, und es bleibt ihm unbenommen, nunmehr gegen den Beklagten, wenn derselbe Miterbenrecht behauptet, sein ausschließliches Erbrecht durch hereditatis petitio auszuführen. Hat er indeß nach Beendigung des Theilungsverfahrens in Folge des Urtheils Zahlungen an den vermeintlichen Miterben gemacht, so kann er eine condictio indebiti nicht anstellen[10].

II. Beklagte sind alle übrigen Miterben, die nicht als Kläger aufgetreten sind. Da die actio famil. ercisc. eine actio duplex ist, so gelten dieselben Grundsätze für Beklagte, wie für Kläger. Jede Partei kann verurtheilt werden und zwar sogar der Kläger zu Leistungen an den Beklagten[11].

III. Bei dem judicium famil. ercisc. darf kein Miterbe völlig unberücksichtigt bleiben. Sonst ist dasselbe nichtig, und es muß ein neues Theilungsverfahren eintreten[12]. Jedoch braucht nicht nothwen-

---

coheres, non nocet talis exceptio, quo fit, ut in eo casu ipse judex . . . cognoscat, an coheres sit; nisi enim coheres sit, neque adjudicari ei quidquam oportet, neque adversarius ei condemnandus est.

L. 51 § 1 D. eod.

9) L. 37 D. 10. 2: Qui famil. ercisc. judicio agit, non confitetur, adversarium sibi esse coheredem.

10) L. 36 D. h. t.: . . respondi: qui ex asse heres erat, si, quum putaret, se Titium coheredem habere, acceperit cum eo famil. ercisc. judicium et, condemnationibus factis, solverit pecuniam: quoniam ex causa judicati solvit, repetere non potest.

11) L. 2 § 3 D. 10. 2: In famil. ercisc. judicio unusquisque heredum et rei et actoris partes sustinet.

L. 10 D. 10. 1: Judicium famil. ercisc. tale est, ut in eo singulae personae duplex jus habeant, agentis et ejus cum quo agitur.

12) L. 18 § 4 D. 10. 2: Judex famil. ercisc. nec inter paucos coheredes, sed inter omnes dandus est, alioquin inutiliter datur (cf. const. 17 Cod. h. t.).

Digitized by Google

dig unter allen Miterben eine wirkliche Theilung Statt zu finden, wie z. B. wenn einige in der bisherigen communio zu bleiben wünschen[13]. Die Gesetze scheinen sich hierüber zu widersprechen. Allein Paulus in cit. l. 27 D. h. t. sagt nur, daß das richterliche Urtheil sich auf alle erstrecken müsse, die an dem judicium Theil genommen haben, ohne irgend zu bestimmen, wer an demselben Theil nehmen müsse (cf. Bering S. 530 und die dort cit.)

Zu einer unauflöslichen kann aber die unter den Miterben bestehende Gemeinschaft eben so wenig gemacht werden, wie eine sonstige communio[14].

IV. Haupt-Zweck der Erbtheilungsklage ist Theilung, d. h. Aufhebung der Gemeinschaft. Dazu treten verschiedene Nebenzwecke.

Die Klage geht auf Theilung, oder wenigstens Berücksichtigung, der ganzen Erbschaft. „Judex famil. ercisc. nihil debet indivisum relinquere" (l. 25 § 20 D. 10. 2). Wünschen jedoch zwei Miterben rücksichtlich eines Erbschaftsgegenstandes in Communion zu bleiben, oder hat der Erblasser zweien gemeinsam einen Gegenstand prälegirt, so hat der Richter hier die Gemeinsamkeit festzuhalten[15].

Mit Forderungen und Schulden, die ipso jure bereits getheilt sind, beschäftigt sie sich principiell nicht[16].

Die Klage geht auch auf gewisse Leistungen, die ein Miterbe dem andern in Folge des Miterbenverhältnisses schuldet: „Famil. ercisc. judicium ex duobus constat, i. e. rebus atque prae-

---

L. 27 D. eod.: In hoc judicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt. Et ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona quod fecit judex non valebit....

13) L. 2 § 4 D. h. t.: Dubitandum autem non est, quin famil. ercisc. judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit.

14) Const. 5 Cod. 3. 37: In communione . . nemo compellitur invitus detineri.

15) L. 22 § 1 D. 10. 2: Famil. ercisc. judex ita potest pluribus eandem rem adjudicare, si aut pluribus fuerit unius rei praeceptio relicta, ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adjudicetur, vel si certam partem unicuique coheredum assignet . . .

16) L. 4 pr. D. 10. 2: Caeterae . . res praeter nomina veniunt in hoc judicium.

L. 25 § 1 D. eod.: . . cessat famil. ercisc. judicium, quum nihil in corporibus, sed omnia in nominibus sint.

Digitized by Google

stationibus, quae sunt personales actiones" (L. 22 § 4 D. 10. 2).

1. Körperliche Sachen sollen durch die Theilungsklage einen Eigenthümer erhalten[17]. Der Theilungsrichter hat daher ebenso freie Hand, wie bei der actio communi dividundo[18]. Theilbare Sachen kann er reell theilen z. B. einen Acker[19]. Bei untheilbaren Sachen ist zu scheiden:

a. Sind die Miterben einig über den Werth, so kann er demjenigen die Sache adjudiciren, der einen größeren Antheil hat. Const. 34 § 2 Cod. 8. 54. Erben alle zu gleichen Theilen, so entscheidet das Loos cit. l. 5 D. h. t. (cf. Anm. 24).

b. Sind sie uneinig über den Werth, so tritt eine Versteigerung ein, entweder unter den Miterben oder auch mit Concurrenz Dritter. Dann wird dem Meistbietenden der Zuschlag ertheilt und das Kaufgeld unter die Miterben vertheilt[20]. Der Richter kann adjudicando auch Servituten auferlegen, dingliche, wie persönliche[21], namentlich zur besseren Entschädigung des Einen, wenn er solche Gegenstände einem Andren ganz adjudicirt, welche eine factische Theilung nicht wohl zulassen.

Die Grenze der Gewalt des Theilungsrichters ist die, daß er gebunden ist an den Willen des Erblassers und den übereinstimmenden Willen der Miterben[22].

Die von einem Miterben dem anderen herauszuzahlende Abfindungssumme heißt Erbegeld, pecunia hereditaria[23].

---

17) § 4 I. 4. 17: Si famil. ercisc. judicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet . . . .

18) L. 55 D. 10. 2: Si famil. ercisc. vel communi dividundo judicium agatur et divisio tam difficilis sit, ut paene impossibilis esse videatur, potest judex in unius personam totam condemnationem conferre et adjudicare omnes res.

19) L. 22 § 2 D. h. t.: Regionibus divisum fundum posse adjudicare secundum divisionem, nemo dubitaverit.

20) L. 22 § 1 i. f. D. 10. 2: . . sed potest etiam licitatione admissa uni rem adjudicare.

21) L. 22 § 3 D. 10. 2: Sed etiam, quum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adjudicat.

22) Const. 21 Cod. 3. 36: Si . . . pater . . judicio suo vel qualicunque judicio suam declaravit voluntatem, . . famil. dividendae causa datus arbiter . . in adjudicando patris sequetur voluntatem.

23) § 20 I. 4. 6: . . eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

Digitized by Google

Ausgenommen von der richterlichen Theilung bleiben:

α. Fremde Sachen, ebenso verbotene z. B. Gift, oder durch Delict erworbene.

β. Documente; documenta specialia werden dem zugesprochen, der die Sache hat, auf die sie sich beziehen. Urkunden allgemeinen Inhalts, z. B. Geschäftsurkunden soll der erhalten, der den größten Erbtheil hat. Bei gleichen Erbtheilen wird geloost. Wollen die Erben dies nicht und können sich nicht sonst vereinigen, so werden sie dem Gericht übergeben. Testamentsurkunden erhält gewöhnlich, unter Zustimmung der Miterben, der Senior der Familie, der dann aber stets zur Exhibition verpflichtet ist. Eventuell entscheidet auch hier das Loos[24].

γ. Faustpfänder, die sich im Nachlaß vorfinden, können nicht reell und auch nicht ideell getheilt werden, weil das Pfand für jeden Artikel der Schuld haftet. Wenn das Pfand unzweifelhaft genügt, die volle Forderung zu decken, so wird es einem der Erben zugesprochen, der dann die Pflicht hat, den Miterben ihren Schuldantheil auszuzahlen. Ist dagegen der Werth des Pfandes zweifelhaft, so versteigert der Richter es unter den Miterben. Der Meistbietende zahlt seinen Miterben ihren Antheil an seinem Gebot aus. Haftet das Pfand für 1200 fl. und beträgt sein Meistgebot 900 fl., so hat der Schuldner ihm 900 fl. zu zahlen und den Anderen gemeinschaftlich 300 fl. Der Meistbietende erscheint als negotiorum gestor des Schuldners und hat wegen nothwendiger Verwendungen eine actio gegen ihn[25] (cf. Wolf l. c. S. 62 ff).

---

24) L. 4 § 3 D. 10. 2: . . tabulas testamenti debebit aut apud eum, qui ex majore parte heres est, jubere manere, aut in aede deponi . . .

L. 6 D. eod.: Nam ad licitationem rem deducere, ut, qui licitatione vicit, hic habeat instrumenta hereditaria, non placet . . .

L. 5 D. eod.

25) L. 29 D. 10. 2: Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in famil. erc. judicium venire, sed is, cui adjudicabitur, in f. e. judicio pro parte coheredi erit damnandus. Nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederit . . . Contra quoque, si is heres, cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit. Adjudicatio enim necessaria est, emtio voluntaria, nisi, si objiciatur creditori, quod animose licitus est. Sed hujus rei ratio habebitur, quia, quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset. Et ejus, quod propter necessitatem impendit, ultro est etiam actio creditori.

Digitized by Google

2. Jura in re. Prädialservituten werden dem zugeschlagen, der das praedium dominans erhält (cf. Göschen S. 452).

3. Forderungen und Schulden können utilitatis causa mit in's richterliche Theilungsverfahren hineingezogen werden, wenn dadurch die Auseinandersetzung erleichtert wird. Einem der Miterben kann eine Forderung oder eine Schuld ganz zuertheilt werden[26]. Haben die Erben vor der Klagerhebung unter einander stipulirt, ut alter alteri mandet actiones eumque faciat procuratorem in rem suam, so können dieselben durch die actio famil. ercisc. hierzu gezwungen werden, wie auch selbstständig durch eine actio ex stipulatu oder praescriptis verbis[27]. Den Debitor und Creditor berührt auch diese richterliche Zuertheilung von Forderungen und Schulden nicht. Beide bleiben in ihrem ursprünglichen Obligationsverhältniß. Der Miterbe, dem eine Forderung richterlich zuertheilt ist, belangt jedoch den Schuldner partim suo, partim procuratorio nomine. Ist die Erfüllung der erwähnten Stipulation erzwungen worden, so klagt er eintretenden Falls auch ex cessione oder ex delegatione. Den Miterben, dem eine Schuld richterlich zuertheilt ist, belangt der Gläubiger ebenfalls partim ejus, partim procuratoris nomine[28].

4. Auch Nebenleistungen kann ein Miterbe vom andren mit der actio famil. ercisc. erzwingen. Manchmal kann die Klage auf diese beschränkt sein, wenn nämlich die Hauptsache gütlich abgemacht ist. Hieher gehören:

a. Prälegate (cf. § 88 Nr. II.).

---

26) L. 3 D. h. t.: . . ad officium judicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alia, attribuat . . .

27) L. 2 § 5 D. 10. 2: In hoc judicium etsi nomina non veniunt, tamen si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum, ut stetur ei et ut alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni.

Const. 23 Cod. 3. 36: Licet pacto divisionis adversus singulos actio pro hereditariis portionibus creditori parata mutari non possit: tamen, ad exhibendam fidem his, quae convenerant, stipulationis et juris adhibito remedio, qui placitum excedit, urgeri potest; quum et, hoc omisso, . . . praescriptis verbis conveniri potuisset.

28) L. 3 med. D. 10. 2: Nec tamen . . haec attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur.

Digitized by Google

b. Ersatz für verschuldeten Schaden, den ein Miterbe an Erbschaftsgegenständen angerichtet hat, unter Haftung für diligentia quam suis[29].

c. Ersatz für impensae, z. B. bezahlte Schulden, Reparaturen[30]. Impensae können jedoch auch selbstständig mit der actio contraria mandati geltend gemacht werden, wenn sie mit Consens gemacht wurden, oder auch mit der actio negotiorum gestorum[31], wenn es ein utiliter gestum ist.

d. Früchte, die ein Miterbe von einer Erbschaftssache gezogen hat[32].

e. Collation (cf. § 67 Nr. I. A. 2).

V. Wirkung der geschehenen Erbtheilung.

Außergerichtliche Erbtheilung hat den Character eines Kaufes, Tausches oder Vergleichs. Hiernach richtet sich die Frage nach der Möglichkeit ihrer Anfechtung (wegen doloser oder nicht doloser Iniquität der Theilung, oder wegen laesio enormis).

Ein gerichtliches Erbtheilungsurtheil dagegen kann nur durch solche Rechtsmittel, welche gegen richterliche Urtheile zulässig sind, (cf. Civilproceß) angegriffen werden. Eventuell wird es rechtskräftig und wirkt als res judicata, unter den Parteien unwiderruflich (L. 36

---

29) L. 16 § 4 D. 10. 2: . . omnia, quae quis in hereditate dolo aut culpa fecerit, in fam. erc. judicium veniunt, sic tamen, si quasi heres fecerit . . . § 5. . . ait, si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit, teneri quidem lege Aquilia, quasi corruperit, non minus autem etiam fam. erc. judicio.

L. 25 § 16 D. eod.: Non tantum dolum sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres . . . Non tamen diligentiam . . qualem diligens paterfamilias . . Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus . . .

30) L. 44 § 8 D. 10. 2: Si duo heredes damnati sint, statuam ponere, et, altero cessante, alter eam fecerit: non esse iniquum Julianus ait, famil. ercisc. judicium dari, ut pars impendiorum boni viri arbitratu praestetur.

31) Const. 3 Cod. 2. 19: Sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes. Sive pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus es, actionem eandem habebis, vel judicio fam. erc., si non est inter vos redditum, eam quantitatem assequeris.

Const. 18 § 1 Cod. 3. 36.

32) L. 44 § 3 D. h. t.: Fructus, quos ante aditam hereditatem ex fundo hereditario heres capit, non aliter fam. erc. judicio praestare eum Julianus ait, quam si, quum sciret hereditarium fundum esse, ceperit.

Digitized by Google

D. 10. 2): selbst, wenn sich später ergiebt, daß dasselbe von irrigen Voraussetzungen ausgeht, z. B. daß es einen Nichterben als Miterben behandelt (cf. jedoch Göschen S. 455 i. f.).

Durch das Theilungsurtheil gehen Eigenthum und dingliche Rechte auf den über, dem sie adjudicirt sind. Die adjudicatio ist ein selbstständiger modus acquirendi dominii[33]. Wer durch einzelne Erbschaftssachen abgefunden ist, dem haben die Miterben pro portione hereditaria deren Besitz zu garantiren. Sie haften für Eviction, auch wenn sie Evictionsleistung nicht ausdrücklich übernommen haben[34].

Ist die Erbtheilungsklage beendet, so existiren hinfort weder Miterben, noch eine Erbschaft. Die Erbtheilungsklage kann daher auch nur einmal angestellt werden. Stellt sich nach ihrer Beendigung die geschehene Theilung als unrichtig oder unzulänglich heraus, so können die bisherigen Miterben zwar hinterher noch auf bessre Theilung klagen. Allein der bereits verbrauchten famil. ercisc. actio können sie sich nicht mehr bedienen. Die unrichtige oder ungenügende Theilung versetzt die bisherigen Miterben in das Verhältniß einer zufälligen Vermögensgemeinschaft, communio incidens, und der actio communi dividundo können sie sich bedienen[35].

Auch mehre Erbschaften ein und derselben Miterben können in Einem judicium famil. ercisc. verhandelt werden[36]. In cit. l. 25 § 3. 4. 5 D. 10. 2 scheint § 4 dem § 3 zu widersprechen. Denn bei

33) § 7 I. 4. 17: Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.

34) Const. 14 Cod. 3. 36: Si fam. ercisc. judicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum . . divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum . . . inter vos convenit, id est, ut unusquisque eventum rei suscipiat: recte possessionis evictae detrimentum fratrem tuum et coheredem pro parte agnoscere, praeses provinciae per actionem praescriptis verbis compellet.

35) L. 20 § 4 D. 10. 2: Famil. ercisc. judicium amplius, quam semel, agi non potest, nisi causa cognita. Quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest.

36) L. 25 § 3 D. 10. 2: De pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diversis causis communes sint, unum fam. erc. judicium sumi potest. § 4. Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Sejana, posse unum judicium accipi inter tres. § 5. Item si plures hereditates inter nos communes sunt, possumus de una famil. ercisc. judicium experiri.

Digitized by Google

der Titiana hereditas ist Titius nicht coheres. Nur bei der Sejana ist er es. Das „inter eosdem" soll also nicht streng genommen werden. Arndts l. c. Anm. 2 liest in § 4 cit. statt „inter tres" „inter nos", i. e. inter me et te. Hiernach wäre denn das „inter eosdem" streng zu nehmen.

3. Von der Collation.

Dig. de collatione (37. 6). Dig. de collatione dotis (37. 7). Cod. de collationibus (6. 20). Nov. 18 cap. 6.

Unterholzner, Historia juris Romani de collationibus. Altorf 1809. Mascovius, De collatione bonorum in opusc. p. 243 sq. Pfitzer, Ueber die Collation der Descendenten. Stuttgart 1807. Petersen, De collationibus bonorum ad heredis ab intestato restricta juxta leges Romanas et Danicas tam antiquas, quam recentiores. Hafniae 1825. Francke, Grundzüge der Lehre des röm. Rechts von der Collation in dess. civil. Abhdlg. Nr. 4. S. 174 ff. Fein, Das Recht der Collation. Heidelberg 1842. Pfordten in d. Leipz. krit. Jahrbch. 1844. S. 865 ff.

§ 66.

a. Begriff und historische Einleitung.

Kämmerer, Beiträge zur Geschichte und Theorie des Rechts. Abhdlg. Nr. 6. Schmidt, Ueber das Princip der prätorischen Collation in d. Jahrbch. d. gem. R. Bd. IV. und das formelle Recht der Notherben. Leipzig 1862. S. 107—125. Arndts § 530. Anm. 2 a. — c. Puchta § 512. Brinz § 169—170. Sintenis § 189. Anm. 1. Böcking Grdr. III. B. § 114. Rosshirt Einl. in d. Erbr. S. 414 ff. Derselbe testament. Erbr. Bd. II. S. 204 ff. Mayer Erbr. Bd. II. § 124. Göschen § 967. Vangerow § 515. Müller S. 851—853. Vesting S. 599—607. Keller Instit. § 323. Pand. § 538—539. Arndts im Rtsl. Bd. 3. S. 809—830.

Die Erbquoten einzelner Erben können sich vergrößern theils durch den Ausfall eines Miterben, theils durch die Antretung eines Miterben, wenn nämlich dieser collationspflichtig ist. „Ein Miterbe conferirt Vermögensgegenstände" heißt: Vermögensgegenstände, die er bei Lebzeiten des Erblassers von demselben erhalten, oder die der Erblasser in seinen Nutzen verwandt hat, die also nicht zum Nachlaß gehören, giebt er (reell oder durch Berechnung) in den Nachlaß zurück, um dieselben mit seinen Miterben zu theilen, um also diese nach Verhältniß der Erbquoten an denselben participiren zu lassen, mit andren Worten, um sich seine eigne Erbquote um so viel kürzen zu lassen, als der Antheil sämmtlicher Miterben an jenen Vermögensgegenständen beträgt. Res heredis werden also wie res hereditariae behandelt.

Eine Pflicht zu conferiren tritt nur ein, wenn Descendenten

Digitized by Google

mit einander einen Ascendenten beerben, ex testamento freilich so gut, wie ab intestato.

Mit der Collation, Einwerfung, ist nicht zu verwechseln, wenn eins von mehren Kindern Schuldner des Vaters war. Hier tritt confusio bonorum pro parte ein, nicht Collation. Die Forderung ist ein Theil des Nachlasses. Schlägt der Sohn die Erbschaft aus, so hat er den Erben die Schuld ganz zu bezahlen. Was ein Sohn von seinem Vater erhalten hat, das ist er, wenn es der Collation unterworfen ist, den Erben nicht absolut schuldig, sondern nur quasi, nur eventuell, nämlich nur wenn er selbst Miterbe wird (cf. § 67 Nr. I. A. 1).

Die Quellen enthalten über die Collation Bestimmungen aus den verschiedensten Zeiten, ohne daß für das Justinianische Recht ein bestimmtes Resultat gezogen wäre. Im ältren Recht gab es zwei Arten von Collationen:

I. Die collatio omnium bonorum d. i. die Collation der Emancipirten zum Besten der sui.

Dieselbe beruht auf dem Edict des Prätors. Sie war eine rechtsnothwendige Consequenz aus der rechtlichen Gleichstellung der Hauskinder und Emancipirten bei der Beerbung des Vaters. Sie bestand in der Vergrößerung der Erbmasse durch das ganze Vermögen der Emancipirten.

A. Wenn nämlich ein emancipatus mit einem suus den gemeinschaftlichen Vater nach prätorischem Rechte beerbt, sei es ab intestato oder durch B. P. contra tabulas, so würde der emancipatus ohne Collation gegen den suus erheblich bevorzugt sein. Denn der suus erwarb nur für seinen Hausvater und vermehrte hierdurch dessen Erbschaft. Daher erwarb er indirect auch zu Gunsten des mit ihm erbenden emancipatus. Dieser dagegen erwarb nur für sich. Um diese Bevorzugung auszugleichen, fand der Prätor es billig, die emancipati nur unter der Bedingung der Collation ihres bis zum Tode des Erblassers erworbenen Vermögens in der Classe unde liberi, oder contra tabulas mit den sui zu berufen[1]. Darauf bezieht sich der Tit. Dig.

1) L. 1 pr. D. 37. 6: . . Quum . . Praetor ad B. Pionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna. § 1. Inter eos dabitur collatio, quibus possessio data est. § 5. Toties

Digitized by Google

37. 6 de collatione. Das peculium castrense und quasi castrense unterlag nicht der Collation[2].

B. Diese collatio emancipatorum ist die älteste Gestaltung der Collationstheorie, collatio vetus. Ueber die bei derselben geltenden Grundsätze cf. Rechtsgeschichte und Vangerow S. 441—447. Göschen S. 460—464. Keller S. 1007—1008.

Im spätren Recht mußte sich dieselbe wesentlich modificiren und fast auf nichts reduciren, da ja auch der suus durch die verschiedenen Peculien eignes Vermögen erwerben konnte[3]. Unter Justinian beschränkte sich daher die Collation des Emancipirten auf die Sachen, die er vom Vater bekommen hat[4], (sog. bona profectitia) und auf den Gewinn aus dem Fruchtgenuß der sog. bona adventitia, welches letzte jedoch mit Unrecht von Vangerow S. 451 Nr. c. bestritten wird (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 817—822).

C. Sehr bestritten ist die Frage, ob diese Collation nicht indirect durch die Novellen 115 und 118 ganz weggefallen sei? Vangerow S. 452—454 behauptet, seit Nov. 118 sei diese Collation im Intestaterbrecht weggefallen, weil die Erbberechtigung des emancipatus von da an in seiner Descendentenqualität liege, nicht mehr in seiner fingirten Suität, letztre aber das Princip sei, worauf diese

igitur collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati. Ceterum, si non est, collatio cessabit.

Const. 9 Cod. 6. 20: Si emancipati utrique a patre fuistis, collatio cessat. Sin autem frater tuus in potestate mortis tempore fuerat . . . ab intestato te ad successionem paternam venientem ad collationem . . . jure provocat.

2) L. 1 § 15 D. 37. 6: Nec castrense, nec quasi castrense peculium fratribus confertur. Hoc enim praecipuum esse oportere, multis constitutionibus continetur.

3) Tit. Cod. de bonis maternis et materni generis (6. 60) und de bonis, quae liberis in potestate patris constitutis ex matrimonio vel alias acquiruntur (6. 61).

4) Const. 17 i. f. Cod. 6. 20: . . emancipatis videlicet liberis utriusque sexus . . ., quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur, vel post emancipationem ab iisdem acquisierint, collaturis.

Const. 21 Cod. eod.: . . . ut res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subjaceant. Ut enim castrense peculium in commune conferre . . . minime cogebantur: ita et alias res, quae minime parentibus acquiruntur, proprias liberis manere censemus.

Digitized by Google

Collation beruhe. Mit dem Wegfall des Princips habe auch die Consequenz wegzufallen. Dagegen bei der B. P. contra tabulas im formellen Notherbenrecht sei dies Collationsrecht noch anzuwenden; denn nicht die Descendenten als solche, sondern nur die wahren sui können formelle Erbeinsetzung verlangen.

Mit Vangerow stimmt Fein S. 138 ff., gegen ihn Arndts, Francke und neuerdings Schmidt l. c. Die Ansicht der letztren ist wohl die begründete. Der Grund dieser Collation ist nämlich überall nicht die prätorische Fiction der Suität des emancipatus, sondern die verschiedene Erwerbungsfähigkeit eines emancipatus und eines filiusfamilias. Schon im Codex konnten Emancipirte ein civiles Erbrecht haben, wenn ihnen bei der Emancipation die Familienrechte reservirt waren und doch mußten sie conferiren[5].

Die zweite Ansicht Vangerow's ist eine Consequenz des von ihm bei der Notherbfolge vertheidigten sog. Correctionssystems, wonach auch noch im neuesten Justinianischen Recht für die präterirten emancipati die B. P. contra tabulas das einzige Rechtsmittel ist, woran weder Nov. 115, noch auch Nov. 118 etwas geändert habe (cf. Notherbfolge).

So theoretisch begründet nun auch die fortdauernde Gültigkeit dieser Collation ist, so wandte doch die Deutsche Praxis nie eine besondre collatio emancipatorum an, da sie wegen der sehr großen Seltenheit der Emancipationen bei uns ihre Bedeutung ganz verlieren mußte. Die Praxis hielt sich bloß an die zweite Collationsart, die dotis collatio, in der Weise, wie sie von Kaiser Leo ausgebildet wurde (cf. Nr. III.).

II. Die dotis collatio. Eine besondre Anwendung fand der Gedanke der Collation in dem Falle, wenn der Vater einer Haustochter bei ihrer Verheirathung eine Dos gegeben hatte; das

---

5) Const. 11 Cod. 6. 58: Si ab eo, qui ex sacro rescripto ... postulaverit emancipationem liberorum, petitum sit, quatenus ei, qui emancipandus ... est, minime legitima jura per emancipationem extinguantur: eadem jura serventur intacta ..., collationibus tamen ab his secundum ea, quae super emancipatis statuta sunt .. faciendis.

Const. 18 Cod. 6. 20: Liberos, qui ... per oblationem precum et imperiale rescriptum sui juris effecti fuerint, ad similitudinem ceterorum, qui emancipati ex antiquo jure sunt, collationes facere jubemus compelli secundum ea, quae super ceteris emancipatis statuta sunt.

Digitized by Google

profectitia. Durch den Tod des Vaters erwarb nämlich sie allein das Rückforderungsrecht der dos[6], vorausgesetzt, daß sie bis zu des Vaters Tode in seiner Gewalt geblieben war. Als sua heres hatte sie daneben am Nachlaß des Vaters civiles Miterbenrecht mit ihren haushörigen Geschwistern. Agnoscirte sie nun beim Prätor die B. P., so forderte dieser von ihr die Collation der Dos (cit. Dig. de dotis collatione 37. 7). Seit einem Rescripte des Antoninus Pius konnte sie auch als bloße Civilerbin zur Collation gezwungen werden, nämlich durch denegatio actionum hereditariarum[7]. Ursprünglich hatte sie die dos profectitia nur ihren nicht-emancipirten miterbenden Geschwistern zu conferiren[8], später auch den emancipirten[9]. Auch diese Collation setzt Intestatsuccession voraus[10]. Nur Geschwistern, nicht anderen Mitdescendenten, wird die dos profectitia conferirt[11] (cf. Göschen S. 465—467. Keller § 539). Auch die dos ad-

---

6) Ulp. fr. VI. § 6: Divortio facto si quidem sui juris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, id est dotis repetitionem, quodsi in potestate patris sit, pater adjuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae.

L. 2 § 1 D. 24. 3: Quodsi in patris potestate est et dos ab eo profecta . . , ipsius et filiae dos est . . . Pater non aliter, quam ex voluntate filiae, petere dotem . . . potest.

7) L. 1 pr. D. 37. 7: . . ad collationem dotis Praetor cogat filiam, si petat B. Pionem. Attamen et si non petat, conferre debebit, si modo se bonis paternis misceat. Et hoc Divus Pius Ulpio Adriano . . . etiam eam, quae non petierit B. Pionem, ad collationem dotis . . posse compelli.

Const. 12 Cod. 6. 20: Filiae, licet maneat in sacris, si dotem non conferat, quam mortis tempore communis patris habuit, fratribus in eadem familia constitutis, actiones hereditarias denegari non ambigitur.

8) Const. 3 Cod. eod.: . . Dotem sane, quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet.

9) Const. 4 Cod. 6. 20: . . Nec dubium est, profectitiam seu adventitiam dotem, a patre datam vel constitutam, fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem . . . conferri placuit.

10) Const. 8 Cod. 6. 30: Si soror tua . . , nec dotem, quam acceperat a patre vestro intestato diem functo, contulit: praeses provinciae . . cum bonis dotem confundi jubebit . . .

Const. 3 Cod. eod.

11) L. 1 § 2 D. 37. 7: Si sit nepos et neptis ex eodem filio, et dotata sit neptis, sit et filius, non pater eorum: neptis omnem dotem soli fratri collatura est . . . .

Digitized by Google

ventitia war zu conferiren, indeß nur den nicht-emancipirten miterbenden Geschwistern[12].

Im neuesten Justinianischen Recht mußte mit der eingetretenen Entwicklung der Adventitien überhaupt auch die Collation der dos adventitia ganz wegfallen[13]. Die der dos profectitia dagegen ging in der neueren allgemeinen Descendentencollation auf (cf. Nr. III.), so daß sie nun als selbstständiges Institut nicht mehr vorkommt (cf. Fein l. c. S. 190 ff.).

III. Die dotis collatio bei der successio ab intestato oder contra tabulas ward vom Kaiser Leo in einer Constitution vom Jahre 467 auf alle weiblichen Descendenten, auch die emancipatae, ausgedehnt. Bei Beerbung eines Ascendenten oder einer Ascendentin, von welchem eine dos herrührt, soll dieselbe conferirt werden allen gleichzeitig succedirenden Descendenten, einerlei ob diese sui sind, oder nicht. In derselben Weise sollen die männlichen Descendenten die vom Erblasser empfangene donatio propter nuptias conferiren[14] (cf. Fein S. 199 ff.).

Durch const. 19 und const. 20 Cod. 6. 20[15] wurde von Justinian im Jahre 528 die Collation auch noch andrer Gegenstände den Descendenten auferlegt, wenn dieselben von dem Erblasser herrühren. Endlich hat Justinian (zuerst mit Beschränkung[16], dann allgemein[17]) die Collationspflicht auch auf die testamentarische Erb-

---

12) Cit. const. 4 Cod. 6. 20 (cf. Anm. 9).

13) Cit. const. 21 Cod. 6. 20 (cf. Anm. 4), vergl. mit Const. 6 Cod. 6. 61.

14) Const. 17 Cod. 6. 20: Ut liberis, tam masculini quam feminini sexus, sive juris sui vel in potestate constitutis, quocunque jure intestatae successionis, . . . aequa lance . . prospici possit: hoc etiam . . . praesenti legi credidimus inserendum, ut in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum tam dos, quam ante nuptias donatio conferatur, quam pater vel mater, avus vel avia . . . dederit vel promiserit . . . .

15) Const. 19 Cod. 6. 20 (cf. Keller, S. 1011 Anm. 3) Cit. const. 20 Cod. (cf. § 68 Anm. 1. 2. 3).

16) Const. 12 i. f. Cod. 3. 38: . . quas, utpote testamento existente, non coguntur conferre . . Et haec quidem si inter fratres patris elogium compositum sit. Sin autem extranei heredes sunt scripti . . . .

17) Nov. 18 cap. 6: . . Prioribus . . legibus volentibus, . . . si . . sine testamento morerentur parentes, collationes . . fieri, si vero testati, nihil dicentes de eis, locum non fieri collationibus . . : nos sancimus, . . sive quispiam intestatus moriatur sive testatus . ., omnino

Digitized by Google

folge ausgedehnt für den Fall, daß der Testator nicht ein Andres angeordnet hat.

Die Collationspflicht des neuesten und heutigen Römischen Rechts stützt sich hiernach auf folgenden natürlichen Gedanken: Ein Ascendent kann häufig in die Lage kommen, bei seinen Lebzeiten dem einen oder anderen seiner Descendenten größere Zuwendungen zu machen, nicht, um ihn vor den anderen zu bevorzugen, sondern weil zufällig eine Veranlassung zu einer Zuwendung an ihn eintrat, die bei den anderen fehlte. Das Gesetz nimmt an, dem Hausvater seien seine Kinder gleich lieb, und von ihm darum auch gleich zu bedenken (verb. const. cit. 17 Cod. „ut liberis... inserendum"). So ward also die Voraussetzung der Collation ein gemachter bestimmter Erwerb aus dem Vermögen des Erblassers und ihr Zweck die Ausgleichung dieses bestimmten Vortheils. Auf diese Collationspflicht der Descendenten finden die Grundsätze der ältren Collation (Nr. I. u. II.) nur so weit analoge Anwendung, als die Eigenthümlichkeit derselben diese nicht ausschließt.

b. Die Collationspflicht der Descendenten.

§ 67.

α. Subjecte.

Nov. 18 cap. 6. Nov. 92. Nov. 97 cap. 6.

Lammers, Erörterung der Frage, ob die Renunciation der Erbschaft von der Collation befreit? Erlangen 1795. Roesler, Renunciat. hered. ab onere coll. liberare contra Lammers, Frcf. ad Viadr. 1800. Thibaut, Ueber die Befreiung der Ascendenten und Brüder von der Collationspflicht im civil. Arch. Bd. V. Nr. 13. 3. Bd. VIII. Nr. 7. 1. Derselbe in d. Heidelb. Jahrbch. v. J. 1808. S. 114 ff. Buchholtz Versuche. S. 66 ff. Arndts § 528. Puchta § 512. Brinz § 171. 172. Sintenis § 189. Holzschuher S. 838—846. Böcking Erbr. III. B. § 114 Göschen § 968. Vangerow § 516. S. 457—462. Vering S. 651—657. Keller § 540. Arndts im Rtsl. Art. Einwerfung. Bd. 3. Nr. 1—7. Nr. 11—13 (cf. auch die oben cit. Schriftsteller, namentlich Francke und Fein).

I. Wer muß conferiren?

A. Collationspflichtig ist nur der Descendent, ohne Unterscheidung, ob suus oder emancipatus, ob adoptirt oder legitimirt, welcher mit andren Descendenten einen gemeinschaftlichen Ascendenten,

esse collationes et exinde aequalitatem ..., nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem ....

Digitized by Google

sei es ab intestato[1] oder ex testamento[2], beerbt. Die Adoptirten conferiren aber auch ihren leiblichen Mitdescendenten[3]. Liberi naturales conferiren nicht, theils weil die Gesetze solche naturales nirgends dazu verpflichten und jede Collationspflicht ein singulare ist, welches besondre gesetzliche Vorschriften voraussetzt, theils und besonders, weil die Idee, auf welche die ganze neuere Collation basirt ist, bei den liberi naturales augenscheinlich nicht eintritt (cf. Vangerow § 516 Anm. 5).

Auch der vom Parens zum heres ex re certa eingesetzte Descendent ist collationspflichtig in Folge der im § 41 sub Nr. IV. entwickelten Principien über solche Erbeinsetzung, sofern nicht im concreten Falle mit Sicherheit auf einen anderweitigen Willen des Erblassers geschlossen werden kann, was grade bei dieser Art der Erbeinsetzung häufig der Fall sein wird (cf. Reuner l. c. im § 41 S. 461 ff. gegen Fein l. c. S. 377 ff.).

1. Voraussetzung ist jedoch, daß der Descendent wirklich Erbe wird[4]. Durch Ausschlagung der Erbschaft kann er die Collationspflicht ganz vermeiden[5], auch wenn er mehr zu conferiren hätte als sein Erbtheil betragen würde. Die Collationspflicht ist eine nur Miterben geschuldete Pflicht eines Erben d. i. desjenigen, welcher Erbe geworden ist. Hieran zeigt sich deutlich der Unterschied zwischen Collationspflicht und der Verbindlichkeit eines Erben, seinen Miterben pro rata dasjenige zu zahlen, was er dem Erblasser schuldig war. Diese letztre Verbindlichkeit ist einfach die dem Erblasser, bez. den Erben, geschuldete Verbindlichkeit eines gewöhnlichen Schuldners, welche besteht,

---

1) Const. 17 Cod. cit.: .. quocunque jure intestatae successionis .. (cf. § 66 Anm. 14).

Const. 18 Cod. cit. (cf. § 66 Anm. 5).

2) Nov. 18 cap. 6 cit. (cf. § 66 Anm. 17).

3) L. 1 § 14 D. 37. 6: Is quoque, qui in adoptiva familia est, conferre cogitur, hoc est, non ipse, sed is, qui eum habet . . .

4) Cit. l. 9 D. 37. 7 (cf. Anm. 6).

5) Const. 25 Cod. 3. 36: Ex causa donationis vel aliunde tibi quaesita, si avi successionem respueris, conferre fratribus compelli non potes.

L. 3 § 5 D. 37. 6: .. Emancipatus praeteritus, si, dum deliberat, caverit de bonorum collatione, nec B. Pionem petierit, agente fratre ex stipulatu ipso jure tutus erit. Sed et si pecuniam contulerit, condictione eam repetit; omissa enim B. Pione incipit pecunia sine causa esse apud heredem.

Digitized by Google

der Schuldner mag Erbe werden oder nicht. Ebenso wird der suus, welcher abstinirt und der extraneus oder suus heres, qui immiscuit se hereditati, welcher gegen den Erbschaftsantritt, bez. gegen die Immixtion, in integrum restituirt wird, von der Collationspflicht frei[6].

2. Hat der Descendent die Erbschaft aber angenommen, so kann er von seinen Mitdescendenten mit der actio famil. ercisc. zur Collation angehalten werden (cf. § 67 Nr. II. C.), sollte er auch mehr zu conferiren haben, als sein Erbtheil beträgt, und sollte er die Erbschaft auch cum beneficio inventarii angetreten haben.

In der const. 22 Cod. 6. 30 (cf. § 62) ist zwar von diesem Falle nicht die Rede und viele Civilisten behaupten deshalb, allerdings das beneficium inventarii schütze gegen die Collationspflicht, der cum beneficio inventarii antretende Collationspflichtige brauche nicht mehr zu conferiren, als er aus der Erbschaft erhalte (cf. Vangerow § 516 Anm. 4). Allein diese Behauptung ist irrig. Die Collationspflicht ist zwar, wie wir sahen, nicht eine Verbindlichkeit die schon auf dem Delaten ruht, bevor er antritt. Ihr entspricht nicht etwa eine Forderung des Erblassers an den Delaten, die auf die Erben übergegangen wäre. Allein eben so wenig ist sie eine Schuld des Erblassers, die von ihm auf die Erben übergegangen wäre, sei es auf sie alle, sei es auf die Portion grade des Collationspflichtigen; noch endlich zählt sie zu den Masseschulden. Da nun aber das beneficium inventarii nach der klaren Bestimmung des Gesetzes nur Erbschaftsschulden gegenüber einen Schutz gewährt d. i. Verbindlichkeiten des Erblassers gegenüber, die von ihm auf die Erben übergegangen sind, etwa außerdem auch noch den Masseschulden gegenüber: so folgt, daß das beneficium inventarii gegen die Collationspflicht nicht schützt, noch sie auch nur irgendwie berührt (Puchta § 512 not. c.). Gegen eine nachtheilige Collation schützt dagegen in der That wirksam das beneficium deliberandi nebst eventueller Ausschlagung der Erbschaft.

3. Collations-Recht und -Pflicht des zunächst Berufenen geht

6) L. 9 D. 37. 7: . . . Fuit quaestionis, an, si sua heres filia cum fratribus contenta dote abstineat se bonis, compellatur eam conferre. Et . . rescripsit, non compelli abstinentem se ab hereditate patris.

Digitized by Google

nicht nur, wenn einmal begründet, auf die Erben über[7], sondern auch auf diejenigen Personen, die, wie die Transmissionserben, in die Delation succediren (cf. § 56 Nr. II. 2. b.). Auch müssen Enkel und Urenkel des Erblassers, welche anstatt ihres vorverstorbenen Parens erben, den miterbenden Descendenten (Söhnen bez. Enkeln des Erblassers) conferiren, was jener als Miterbe zu conferiren gehabt haben würde[8] und umgekehrt d. i. des Erblassers Söhne den miterbenden Enkeln desselben[9]. Nicht dagegen findet dieser Uebergang Statt auf Substituten und Accrescenzerben, weil die Collationspflicht nicht am Erbtheil haftet, sondern eine persönliche Pflicht des betr. Miterben ist.

4. Nach den angeführten Grundsätzen sind Descendenten entfernterer Grade collationspflichtig, sobald die Mittelsperson hinweggefallen ist. Dabei ist es freilich bestritten, was von ihnen zu conferiren sei?

a. Zur Collation dessen, was ihr parens praedefunctus hätte conferiren müssen, sind sie jedoch wohl nur dann verpflichtet, wenn sie des letztern Erben geworden sind und durch solchen Erbgang jene conferenda in ihre Hand bekommen haben (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 843. Vangerow S. 459). Daher haben denn die in locum parentis praedefuncti succedirenden Enkel nicht zu conferiren, wenn der fragliche Gegenstand, z. B. die ihrer Mutter vom Großvater gegebene dos, nicht durch Erbgang, sondern inter vivos z. B. titulo lucrativo, donatione, an sie gelangt ist.

b. Was die Enkel selbst vom Erblasser erhalten haben, müssen

---

7) L. 1 § 8 D. 37. 6: . . si B. Pione accepta decesserit is, qui in potestate est: ad collationem bonorum cogendum emancipatum, ut tantum heredi ejus conferat, quantum conferret ipsi, si viveret. L. 3 D. eod.

Const. 14 Cod. 6. 20.

8) Const. 19 Cod. 6. 20: Praecipimus, . . nepotes vel neptes patruis suis aut avunculis, amitis et materteris, dotem et ante nuptias donationem patris sui vel matris, quam pro eo vel ea mortua persona dedit, . . conferre.

9) Const. 19 Cod. cit.: Praecipimus, . . . filios vel filias defunctae personae dotem vel ante nupt. don., a parentibus suis sibi datam, conferre nepotibus vel neptibus mortuae personae.

Const. 14 Cod. eod.: Si maritus quondam tuus ab intestato patri suo heres exstitit, et ei postumus a te editus successit: actiones hereditarias amitae filii vestri, quas habuit patris sui mortis tempore, dotem non conferenti, denegare praeses non dubitabit.

Digitized by Google

sie conferiren, mögen sie es vor oder nach dem Tode ihres Parens vom Erblasser erhalten haben und mögen sie ihren parens beerbt haben oder nicht (cf. Vangerow § 516 Anm. 2. a. u. b. Puchta Vorl. Bd. II. S. 410. Arndts im Rtsl. l. c. S. 843—844).

B. Die Descendenten sind einander gegenüber zur Collation verpflichtet und berechtigt, einerlei, ob sie ab intestato, oder ex testamento erben, cit. Nov. 18 cap. 6, jedoch in beiden Fällen, auch bei der testamentarischen Succession, mit Ausnahme der Descendenten noch lebender Descendenten, d. i. mit Ausnahme der sog. mittelbaren Descendenten. Enkel z. B. sind zu derselben nur dann verpflichtet und berechtigt, wenn ihr parens bereits vor dem Erblasser verstorben ist.

Diesen Satz lehren die meisten Civilisten. Bei der testamentarischen Succession bestreitet ihn Fein S. 374—377 S. 335—339. „Der dispositive Theil der Nov. 18 cap. 6 laute dahin, bei Beerbung eines Ascendenten ex testamento solle ohne Unterschied und allemal conferirt werden. Auch entscheide das den Kaiser leitende Motiv. Die Collation werde auf den muthmaßlichen Willen des Erblassers gebaut. Setze nun dieser neben den zur Intestaterbfolge ausschließlich berufenen unmittelbaren Descendenten auch noch mittelbare zu Erben ein: so liege kein Grund vor, anzunehmen, er habe beabsichtigt, nur die unmittelbaren Descendenten zur Collation zu verpflichten. Er würde ja alle Billigkeit aus den Augen gesetzt haben, hätte er nur ihnen, seinen zur Intestaterbfolge ausschließlich berufenen Descendenten, die Collation auferlegen wollen, da er deren Intestaterbtheil durch die Herbeiziehung nicht Berufener ja ohnehin bereits geschmälert hatte".

Allein Justinian hat in Nov. cit. wiederholt das frühere Collationsrecht in seinem vollen Umfange bestätigt (secundum quod olim dispositum est..., omnibus, quae prius de collationibus a nobis dicta sunt, in sua virtute manentibus) und nur die einzige Erweitrung zugefügt, daß Collation von nun an auch bei testamentarischer Erbfolge Statt finden solle. Zur Intestaterbfolge aber werden ja Söhne noch lebender Söhne des Erblassers nicht berufen. Solche können demnach zur collatio ab intestato gar nicht gelangen. Justinian wollte die Collation offenbar nur auf den Fall ausdehnen, wenn der Ascendent seine Intestaterben ex testamento sue-

Digitized by Google

cediren läßt. Fein scheint fast anzunehmen, der von uns vertheidigte Satz schaffe etwas Besondres für die testamentarische Succession.

C. Die Collationspflicht tritt auch dann ein, wenn der Testator die Descendenten zu ungleichen Theilen einsetzte und er nicht etwa eben dadurch die Collation auszuschließen beabsichtigte. Diese ungleiche Theilung bildet zugleich den Theilungsmaßstab bei der Collation. Dies kann freilich, wenn das conferendum bedeutend ist, dem Conferenten sehr drückend werden z. B. der Erblasser setzt seinen Sohn A. auf $^{8}/_{12}$ ein, den B. auf $^{4}/_{12}$. A. als Conferent erhält hier von dem conferendum selber nur $^{8}/_{12}$ zurück: $^{4}/_{12}$ erhält B. Hiergegen schützt ihn nichts, als die Ausschlagung der Erbschaft, bez. mit Zuhülfenahme des beneficium deliberandi.

D. Wer blos auf den Pflichttheil eingesetzt ist, ist nicht collationspflichtig. Denn diesen hat er aus dem Nachlaß nicht wie ein Erbe, sondern wie ein Gläubiger zu fordern. Aus diesem Grunde ist denn auch anzunehmen, daß jeder Descendent, der die Erbschaft, um nicht conferiren zu müssen, ausschlägt, daneben gleichwohl seinen Pflichttheil fordern kann und zwar ohne sich dadurch der Collationslast auszusetzen.

E. Auch kann ab intestato der Erblasser einem Kinde die Collation erlassen. Allein dazu ist sicher Codicillarform nöthig. Ohne solche Form besteht keine letztwillige Anordnung. Man behauptet oft, daß jede Willenserklärung genüge. Dies ist aber jedoch nur eine irrige Folgerung aus dem allerdings richtigen Satze: die Collation beruhe auf der gesetzlichen Präsumtion der voluntas des Erblassers. Eine irrige: denn mit diesem Satze ist ja noch nicht gesagt, daß zur Zerstörung dieser gesetzlichen Präsumtion nun einzelnen Falls eine formlose Erklärung genüge. Auch Nov. 107 praef. cap. 3 steht entgegen (cf. Francke l. c. S. 114. Holzschuher S. 842).

F. Der Testator kann übrigens einem Descendenten die Collationspflicht so weit nur erlassen, als dadurch nicht andre Descendenten in ihrem Pflichttheil verkürzt werden.

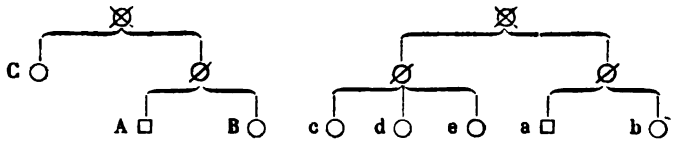
II. Wem ist zu conferiren?

A. Die Collationspflicht ist reciprok. Dieselben Personen, die zur Collation verpflichtet sind, sind daher zu derselben auch berechtigt und nur diesen ist zu conferiren. Der Vortheil soll denselben Personen zu Theil werden, die das onus tragen. Also weder die arme

Digitized by Google

Witwe des Erblassers, noch testamentarisch zu Miterben ernannte extranei sind collationsberechtigt. Die Descendenten conferiren nur unter sich.

B. Bei der successio in stirpes entsteht eine Streitfrage:



Die Enkelin A. bez. die Enkelin a. ist dotirt. In der Erbtheilung beschränkt sie nur ihren Bruder B. bez. b. Denn wäre sie gar nicht vorhanden, so würde auf die andre stirps, auf C. bez. auf c, d, e zusammen, doch nur ⅓ des Nachlasses fallen. Nur für ihren Bruder macht es einen Unterschied, ob sie vorhanden ist oder nicht. Conferirt sie also nur ihrem Bruder, oder auch der andren stirps?

Bei der alten collatio dotis und bonorum emancipatio galt ersteres (cf. Keller § 538 Anm. 2. Arndts § 528 Anm. 3). Da dieser Grundsatz nicht aufgehoben ist, so behauptet Vangerow S. 461 auch für die neuere Collation dessen Geltung. Richtiger ist es indeß, sich mit den meisten Rechtslehrern für letztres zu entscheiden, da die neuere Collation weniger auf den Grundlagen der ältren, als vielmehr auf der natürlichen aequitas beruht. Dieser entspricht aber offenbar letztre Entscheidung. Denn die Erbtheile aller, auch die der andren stirps, sind durch die Dotirung der einen Enkelin geschmälert. Es ist daher billig, diese Schmälerung durch Collation wieder auszugleichen (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 835.)

C. Auf Collation klagt der Collationsberechtigte mit der actio familiae erciscundae[10]. Durch die Antretung des einen Miterben erwirbt der andre gegen ihn einen klagbaren Anspruch auf Collation (cf. § 68 Nr. IV.).

D. Nach welchem Verhältniß erfolgt die Vertheilung der conferenda?

Man zerlegt jedes conferendum in so viel Quoten, als Erbtheile da sind. Die Quote, die auf den Conferenten selbst fällt, behält er.

10) L. 1 pr. D. 37. 7: Divus Pius . . rescripsit, etiam eam, quae non petierit B. Pionem, ad collationem dotis per arbitrium famil. ercisc. posse compelli.

Digitized by Google

Ebenso behält er alle Quoten, die auf miterbende Nicht-Descendenten fallen (cf. Göschen S. 482. Keller Instit. § 323 S. 323). Diese Art der Vertheilung ist indeß bestritten. Mehre Rechtslehrer, z. B. Arndts im Rtsl. l. c. S. 836, versagen dem Conferenten dies praecipuum. Sie zerlegen das conferendum nicht in so viel Quoten als Erbquoten überhaupt da sind, sondern nur in so viel Quoten, als Erbquoten Collationsberechtigter da sind. Erbt z. B. eine arme Witwe ab intestato neben zwei Söhnen und einer Tochter, so tritt nach Arndts diese Tochter von ihrer dos je $^1/_2$ ihren Brüdern ab und behält selber ebenfalls nur $^1/_8$: während sie nach unsrer Theorie den Brüdern nur je $^1/_4$ abgiebt, selber $^2/_4$ behaltend.

Die Nov. 18 berührt die Vertheilungsart nicht. Die Ansicht von Arndts stützt sich auf den Fall, daß bei der alten collatio bonorum mehre emancipati mit sui concurrirten. Hier befolgten die Römischen Juristen allerdings das Arndtssche Vertheilungsprincip (cf. Keller S. 1008). Bei untereinander gleichen wie ungleichen Erbschaftsquoten ist die Größe der Collationsquoten nach unsrer Theorie stets gleich der Größe der Erbschaftsquoten. Erbt z. B. eine arme Witwe ab intestato mit einer Tochter und einem Sohne, so beträgt die Erbquote der Witwe $^1/_4$, die der Tochter $^3/_8$, die des Sohnes ebenfalls $^3/_8$. Die Collationsquote des Sohnes rücksichtlich der dos der Tochter beträgt also ebenfalls $^3/_8$. Im obigen Falle der successio in stirpes beträgt Erbquote und Collationsquote des B. $^1/_4$, des C. $^1/_2$, des b. ebenfalls $^1/_4$, des c, d und e je $^1/_6$ (cf. das oben sub Nr. I. C. Ausgeführte für den Fall testamentarisch angeordneter ungleicher Erbquoten).

§ 68.

β. Objecte und Art der Collation.

Dabelow, Inwiefern läßt sich für verheimlichte Zuwendungen eine Befreiung von der Collation behaupten? im civil. Arch. Bd. II. Nr. 6. Guyet, Ueber den Anfang des Verzuges bei der Collation, das. Bd. XXI. Nr. 5. Pfordten in d. Leipz. krit. Jahrbch. 1844. S. 985 ff. Buchholtz Versuche. S. 74 ff. Seuffert's Arch. Bd. III. Nr. 349. IV. Nr. 127. 136. VI. Nr. 206. VII. Nr. 276. Arndts § 529—530. Puchta § 513—514. Brinz § 171—172. Sintenis § 189. Holzschuher S. 847—854. Böcking Erbr. III. B. § 115—116. Göschen § 969—970. Wangerow § 515. Anm. 3—6. § 516. Anm. 3. Vering S. 603—608. Keller § 540. Arndts im Rtsl. l. c. Nr. 8—11. Nr. 14. (cf. auch die oben cit. Schriftsteller, namentlich Fein.)

Digitized by Google

I. Conferirt wird nur, was vom Erblasser herrührt, d. i. von dem zu beerbenden gemeinsamen Ascendenten, sei er Inhaber der patria potestas gewesen über den collationspflichtigen oder über den collationsberechtigten Erben oder nicht, und sei er männlicher Ascendent gewesen oder weiblicher.

II. Nur gewisse bestimmte Bezüge, die der Descendent vom Erblasser bekam, sind zu conferiren.

Eine frühere Doctrin nahm an, die Collation der Emancipirten sei zwar aufgehoben, dagegen das Princip angenommen, daß jeder Descendent im Zweifel alles, was er von dem verstorbenen Ascendenten bei dessen Lebzeiten als freie Gabe (sog. profectitia) erhalten habe, conferiren müsse. Diese Regel beschränkte man jedoch durch zahlreiche Ausnahmen (cf. Göschen § 969. Puchta Vorl. Bd. II. S. 411).

Diese Ansicht, von Francke l. c. S. 219 ff. bekämpft, ist jetzt aufgegeben. Nur folgende Gegenstände sind zu conferiren:

A. Die vom Erblasser einer Tochter oder Enkelin bestellte dos und die für einen Sohn oder Enkel bestellte donatio propter nuptias, cit. const. 17 Cod. 6. 20 im § 66 Anm. 14. Da jedoch in Deutschland die donatio propter nuptias nicht gebräuchlich ist, so haben sich in der Praxis die hieher gehörigen Gegenstände in Folgendes aufgelöst: Alles ist zu conferiren, was der Descendent als Ausstattung zur Heirath bekam und wohl auch was er als Ausstattung zur Einrichtung eines selbstständigen Haushalts oder Geschäfts erhielt. Letztre Collation der sog. subsidia paterna stützt sich theoretisch auf unrichtige Gründe, allein die Praxis hat dieselbe constant angewandt, obwohl dieselbe in letztrer Zeit wieder schwankend geworden ist (cf. Holzschuher S. 848 ad Nr. 9. Arndts im Rtsl. l. c. S. 840. Seuffert's Arch. l. c.).

B. Geschenke, die der Descendent sonst vom Erblasser erhielt, donationes simplices, hat er nicht zu conferiren[1]. Hat jedoch der Eine eine Ausstattung, nicht zugleich auch eine donatio simplex empfangen, der andre umgekehrt eine donatio simplex und nicht auch eine Ausstattung: so soll dieser — der Collation jener Ausstattung ge-

1) Const. 20 § 1 Cod. 6. 20: . . illa persona, quae simplicem tantummodo donationem meruit, ad collationem ejus minime coarctanda.

Digitized by Google

genüber — auch seine donatio simplex conferiren[2]. Bloße Ausstattung gegen bloße Ausstattung wird conferirt. Bloßes Geschenk gegen bloßes Geschenk wird nicht conferirt. Bloßes Geschenk gegen bloße Ausstattung wird conferirt. Empfing der Eine Ausstattung und Geschenk: und der Andre nichts, so wird nur die Ausstattung conferirt. Empfing der Andre nur ein Geschenk, so wird ebenfalls nur die Ausstattung conferirt. Empfing der Andre nur eine Ausstattung, so wird nur Ausstattung gegen Ausstattung conferirt. Empfing der Andre Ausstattung und Geschenk, so wird ebenfalls nur Ausstattung gegen Ausstattung conferirt. Diese Sätze folgen sämmtlich daraus, daß Justinian nur für den einen erwähnten Fall die Collation der donatio simplex vorgeschrieben hat. Z. B. Z. hat drei Kinder, A. hat eine donatio propter nuptias, die B. eine dos und eine simplex donatio, C. nur eine simplex donatio empfangen. A. und B. conferiren allen Dreien dos und donatio propter nuptias. C. conferirt seine Schenkung dem A. allein; denn der B. brauchte er sie nicht zu conferiren, wenn er mit ihr allein concurrirte; die Concurrenz des A. aber kann hieran nichts ändern (cf. hierzu den oben § 66 dargelegten Theilungsmaßstab).

C. Der Werth einer für den Descendenten gekauften militia[3]. Unpractisch, da wir käufliche Staatsämter nicht haben.

D. Der Erblasser kann aber auch bei andren Schenkungen die Collation auferlegen und zwar:

1. dadurch, daß er sie sogleich inter vivos mit der ausdrücklichen Bestimmung macht, daß sie auf den Pflichttheil angerechnet werden sollen, indem nämlich Justinian angeordnet hat, alles, was in den Pflichttheil anzurechnen sei, solle auch der Collation unterworfen sein — nicht auch umgekehrt[4].

---

2) Const. 20 § 1 Cod. cit.: Si unus . . liberorum ante nuptias tantummodo donationem, vel dotem, non etiam simplicem donationem . . . jubemus, ad similitudinem ejus, qui ante nuptias donationem vel dotem conferre cogitur, etiam illam personam, quae, nulla dote vel ante nuptias donatione data, solam simplicem donationem a parentibus suis accepit, conferre eam.

3) Const. 20 pr. med. Cod. 6. 20 (cf. Anm. 6).

4) Const. 20 pr. Cod. 6. 20: . . . plana sanctione revelamus, ut omnia, quae in quartam portionem ab intestato successionis computantur his, qui ad actionem de inofficioso testamento vocantur, etiam si intestatus is decesserit, ad cujus hereditatem veniunt,

Digitized by Google

Auf Grund dieser Regel hat man bisweilen auch die einem Descendenten hinterlassenen Vermächtnisse für conferenda erklärt. Allein die gemeine Meinung hat wohl mit Recht jene Anordnung Justinian's nur auf Zuwendungen unter Lebenden bezogen (cf. Fein S. 236 ff.). Mortis causa donationes erklärt gegen Fein's (l. c. S. 226) abweichende Meinung die herrschende Ansicht eben so wenig für conferenda als Vermächtnisse (cf. jedoch Vangerow S. 463).

2. Dadurch, daß der Erblasser bei der Schenkung sie für conferenda erklärt[5].

E. Der Erblasser kann testamento dem Kinde auferlegen, Gegenstände zu conferiren, die es an sich nicht zu conferiren hat, z. B. Studienkosten. Diese Auflage ist ein Vermächtniß zum Besten der anderen Descendenten. Sie steht daher ganz unter den Vermächtnißgrundsätzen. Verkürzt sie den Pflichttheil oder die Quarta Falcidia des Onerirten, so braucht er im erstren Falle dieselbe nicht zu befolgen, im letztren kann er die Quart abziehen.

Der Kreis der conferenda erstreckt sich nach dem Ausgeführten auf diejenigen unentgeltlichen Zuwendungen, denen entweder durch das Gesetz oder durch den Willen des Erblassers diese Bestimmung gegeben ist.

III. Alle nach Nr. II. A—D. der Collation unterworfenen Zuwendungen sind jedoch nur insofern zu conferiren, als dadurch der Empfänger zur Zeit noch bereichert ist[6], falls nicht durch seine Schuld, d. i. durch Mangel der unter Miterben überhaupt zu prästirenden diligentia quam suis rebus die Vermindrung verursacht ist.

---

omnimodo coheredibus suis conferant . . . Haec autem regula, ut omnia, quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferantur, minime e contrario tenebit, ut possit quis dicere, etiam illa, quae conferuntur, omnimodo in quartam partem . . . computari . . . Ea enim tantummodo ex his, quae conferuntur, memoratae portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est.

5) Const. 20 § 1 i. f. Cod. 6. 20: . . simplex donatio non aliter confertur, nisi hujusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit.

6) Const. 20 pr. med. Cod. eod.: . . Quod tam in aliis, quam in his, quae occasione militiae, uni heredum ex defuncti pecuniis acquisitae, lucratur is, qui militiam meruit, locum habebit: ut lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum pervenire poterat, non solum . . . quartae parti computetur, sed etiam ab intestato conferatur . . . .

Digitized by Google

Bei der Collation der Emancipirten hafteten diese bis zum Tode des Erblassers nur für dolus, von da an auch für Culpa (levis culpa die jedoch nach § 65 Nr. IV. 4. b. auf sog. culpa in concreto zu beschränken[7]). Nach Analogie dessen behauptet jetzt Fein S. 313 ff. und nach ihm Sintenis § 189 Anm. 31, gegen die bisher herrschende Meinung, daß bei der Collation der Descendenten der Collationspflichtige bis zur Erbantretung nur für dolus und lata culpa, von da an für culpa levis in concreto einstehe und finden dies durch Nov. 97 cap. 6 bestätigt. Allein es ist:

1. ungegründet, bei der Collation der Emancipirten dem dolus die lata culpa gleichzustellen,

2. bedenklich, in diesem Punct die Collation der Descendenten schlechthin nach deren Analogie zu beurtheilen,

3. willkührliche Restriction, Nov. 97 cap. 6 blos auf den Fall einer lata culpa zu beziehen, und

4. nicht angemessen, die strengere Haftung erst von Zeit der Erbantretung anzunehmen, da nach dieser der Erbe jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur (cf. Arndts § 530 Anm. 1 und im Rtsl. l. c. S. 840 ff.).

Dagegen sind andrerseits auch die gewonnenen Früchte eines conferendum und andre Accessionen, z. B. insula in flumine nata, alluvio, mit zu conferiren. Auch fructus percipiendi, d. i. Ersatz für versäumte Früchte, sowie Verzugszinsen sind zu conferiren, nämlich von der Zeit an, da der Collationspflichtige in Verzug gesetzt worden ist[8].

7) L. 1 § 23 D. 37. 6: Confertur autem, etiamsi quid ejus non fuerit, dolo malo autem factum sit, quominus esset. Sed hoc sic accipiendum est, ut hoc demum conferatur, quod ejus esse desiit dolo malo. Ceterum si id egit, ne acquireret, non venit in collationem; nam hic et sibi insidiatus est.

L. 2 § 2 D. eod.: De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur, ad cujus detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant, quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere. Et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus Praetor viri boni arbitratu jubet conferri bona. Vir autem bonus non sit arbitraturus, conferendum id, quod nec habet, nec dolo, nec culpa desiit habere.

8) L. 5 § 1 D. 37. 7: Filia, quae soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit. Viri boni arbitratu cogetur, usuras quoque dotis conferre: quum emancipatus frater etiam fructus conferat et filia partis suae fructus percipiat (weil der Emancipirte auch die Früchte

Digitized by Google

Diese Meinung ist zwar als die herrschende von Fein § 56 nachgewiesen, obgleich sie sehr bestritten ist. Es handelt sich dabei besonders um die Frage, ob mora ex re, oder ex persona stattfinde[9] (cf. Arndts l. c. S. 481. Holzschuher S. 852 ad Nr. 15.).

Umgekehrt sind dem Conferenten aufgewendete nothwendige oder nützliche Kosten zu ersetzen[10]. Nicht widersprechend ist cit. l. 1 § 5 D. h. t. (cf. Göschen S. 481).

IV. Wie wird die Collation vollzogen? Hier sind die Bestimmungen für die ältre Collation anzuwenden.

A. Reell kann die Collation geleistet werden durch Einlieferung entweder der Collationsgegenstände in natura, oder ihres Werthes. Auch dadurch, daß der Conferent, welcher vom conferendum ja selber wieder seinen Theil herauserhält, das ganze conferendum behält und um den Werth der abzugebenden Theile desselben sich seinen Erbtheil verkürzen läßt, bezieh. auch z. B., wenn die abzugebenden Theile den Betrag des Erbtheils überschreiten, dieselben (ganz oder zum Theile) in baarem Gelde den Collationsberechtigten auszahlt[11]. Dieser modus conferendi, mit reeller Zurückbehaltung des conferendum, muß eintreten, wenn eine Descendentin während bestehender Ehe ihre dos conferirt; denn der Ehemann bleibt von der Collation unberührt[12].

---

seiner conferenda ihr conferirt, sie also von dem ihr zufallenden Theile seiner conferenda auch die Früchte erhält).

9) Cit. l. 2 § 2 D. 37. 6 (cf. Anm. 7) L. 5 § 1 D. 37. 6: Stipulatio autem collationis tunc committitur, quum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferri potuit, non facit, maxime quum boni viri arbitratu collationem fieri . . . insertum est.

10) L. 1 § 5 D. 37. 7: Quum dos confertur, impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non . . .

Const. unic. § 5 Cod. 5. 13, vergleiche mit L. 8 D. 25. 1.

11) L. 1 § 11 D. 37. 6: . . etiam re posse fieri collationem . . Igitur divisa . . bona sua cum fratribus . . satisfacit Edicto . . . § 12. Sed etsi tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione suus habere debet, dicendum est, emancipatum satis contulisse videri. Idem et si nomen paterni debitoris delegaverit, vel fundum rem ve aliam dederit pro portione bonorum, quae conferre debuit.

12) Const. 5 Cod. 6. 20: Dotis . . . petitio perseverante matrimonio tibi non competebat. Quamvis enim eam intestato patre defuncto fratri conferre debueras: non tamen eo nomine adversus maritum tibi actio potuit esse, quum eo minus . . partem tibi delatae successionis patris auferre potueris.

Digitized by Google

1. Stets hat der Conferent die Wahl zwischen der Naturalcollation und der Werthvergütung (fingirter Collation), welches zwar nicht durch L. 1 § 11. 12 D. h. t. oder const. 5 Cod. h. t. bewiesen, wohl aber in der Billigkeit (arbitratus boni viri) begründet und durch Nov. 97 cap. 6 bestätigt ist (cf. Arndts § 530 Anm. 2).

2. Nach welchem Zeitpuncte ist der Werth zu berechnen, wenn die Collationsgegenstände nicht in natura conferirt werden? Die herrschende Meinung sagt, gestützt auf cit. const. 20 pr. med. Cod. 6. 20: nach dem Zeitpunct des Todes des Erblassers. Allein richtiger ist es mit Fein § 53 zu sagen: nach dem Zeitpunct der Erbschaftstheilung, weil sonst der Conferent, in Folge seines Wahlrechts, zum Nachtheil der Collationsberechtigten in unbillig günstiger Lage wäre. Anstatt des im Werthe gestiegenen conferendum selbst könnte er ihnen ja den vormaligen niedrigeren Werth aufdrängen und den Gegenstand selber behalten. Auch von fructus und Accessionen wird man annehmen müssen, daß sie bis zur Erbtheilung zu conferiren sind und nicht bis zum Tode des Erblassers. Steigrung des Werths aber ist der Accession als analog zu betrachten, d. i. den Collationsberechtigten muß auch sie nützen, wie Werthmindrung des conferendum auch ihnen schaden muß (cf. Sintenis S. 550 ff. Arndts im Rtsl. Bd. 3 S. 846—847).

B. Kann die Collation reell nicht geleistet werden, weil der Gegenstand derselben noch ungewiß ist, oder aus einem sonstigen factischen Hinderniß, so haben die Collationsberechtigten einen Anspruch gegen den Collationspflichtigen, daß er für eventuelle Leistung der Collation ihnen Caution stelle, sei es durch Pfand oder durch Bürgen[12]. Thut er dies nicht freiwillig, so kann er gerichtlich gezwungen werden, aus seiner Erbportion und aus seinem eignen Vermögen angemessene Caution dieserhalb zu stellen. Hierzu kann eventuell die ganze Erbportion und sein ganzes eignes Vermögen verwandt werden.

---

13) L. 1 § 11 D. 37. 6: . . collatio aut re aut cautione facienda est . . (sog. Real- oder Cautionalcollation).

L. 1 § 9 D. eod.: An pignoribus caveri possit, videamus. Et . . scripsit, et reis et pignoribus recte caveri de collatione.

L. 1 § 7 D. 37. 7: Si sub conditione pater vel extraneus dotem promiserit, cautione opus erit, ut tunc conferat mulier dotem, quum dotata esse coeperit.

Cit. const. 5 Cod. 6. 20 (Anm. 12).

Digitized by Google

Hierüber herrscht jedoch viel Streit. Man hat behauptet, der Collationspflichtige könne, nachdem er längst durch Antretung Erbe geworden, durch einfachen Verzicht auf seine Erbportion von derselben, und zugleich vom onus conferendi, sich wieder los machen. Die herrschende und richtige Meinung, die besonders Sintenis § 189 Anm. 4 vertheidigt, geht dahin, daß durch die Antretung der Erbschaft sofort eine vollkommene und klagbare Collationsverbindlichkeit entstehe; während Fein S. 167—178 behauptet, auch noch im neuesten Recht gebe es nur einen indirecten Zwang gegen den Collationspflichtigen auf Stellung der Caution, bestehend nämlich einzig in der Verweigerung der Erbschaftsklagen[14] und bezieh. darin, daß, ist er selbst im Besitze seines Erbtheils, die Collationsberechtigten auf Herausgabe desselben gegen Caution klagen, oder daß für diesen Erbtheil ein Curator bestellt werde[15]. Erst durch die Caution werde ein klagbarer directer Anspruch auf die Collation begründet, durch den der Berechtigte zu derselben wirklich gelangen könne[16] (cf. Arndts § 530 Anm. 4. Vering S. 603 ff. S. 606 ff.).

D. Rechtsschutzmittel des Erben.

1. Hereditatis petitio.

Dig. de hereditatis petitione (5. 3) si pars hereditatis petatur (5. 4) de possessoria hereditatis petitione (5. 5) de fideicommissaria hereditatis petitione (5. 6). Cod. de petitione hereditatis (3. 31).

Fabricius, Bemerk. über die hereditatis petitio, pro herede usucapio etc. im Rh. Museum Bd. IV. Nr. 5. Buchholtz, Worin unterscheidet sich die hereditatis petitio und die vindicatio? in dessen jurist. Abhdlg. Nr. 1. Arndts, Ueber das Wesen und den Umfang der hereditatis petitio in den Beiträg. Nr. I. S. 1—112. Zimmermann, Beitrag zur Lehre von der hereditatis petitio im civil. Arch. Bd. XXIX. S. 212 ff. S. 454 ff. Leist Bonorum Possessio. Bd. I. S. 31 ff. Arndts § 531—534. Puchta § 515—517. Brinz § 159—165. Sintenis § 190—192. Böcking Erbr. III. B. § 97—102. Mühlenbruch-Glück Bd. 7 S. 491 ff. Bd. 8 S. 1 ff. Göschen § 947—951. Müller § 213. Vangerow § 505—508. Keller § 544—547. Vering S. 537—560. Arndts im Rtsl. Art. Hereditatis petitio. Bd. 5 S. 207—238.

---

14) L. 2 § 8 D. 37. 6: Si duo emancipati B. Pionem petierint, et unus contulerit, alter non contulerit, hujus portio tantum ei, qui in potestate est, prodesse debet, non etiam emancipato, quoniam ejus causa, qui in potestate est, denegantur ei actiones. § 9 eod.

L. 3 pr. D. eod.

15) L. 1 § 10 D. 37. 6: Si frater cavere non possit, curator portionis ejus constituitur, apud quem refecta pecunia collocetur, ut tunc demum recipiat, quod redactum est, quum bona propria contulerit.

16) Cit. l. 5 § 1 D. 37. 6 (cf. Anm. 9) L. 5 § 2—3 D. eod. cf. L. 3 § 5 D. eod.

Digitized by Google

§ 69.

a. Begriff derselben.

Dernburg, Ueber das Verhältniß der heredit. petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. S. 13 ff. Fabricius l. c. Arndts Beiträge. Nr. I. § 1. Löhr in seinem Magaz. Bd. 4 S. 17, im Rh. Mus. Bd. 2 S. 141. Savigny Syst. Bd. 5 S. 479. Roßhirt im civil. Arch Bd. II. S. 31 ff. Puchta Instit. Bd. III. S. 261 ff. Arndts im Rtsl. l. c. S. 207—208.

Bei den Rechtsschutzmitteln, die dem Erbberechtigten zu Gebote stehen, müssen wir unterscheiden:

I. Es giebt eine Reihe bestimmter Fälle, in denen ein Erbprätendent, der noch gar nicht die Erbschaft erworben hat, in den vorläufigen Besitz und Genuß der Erbschaft eingesetzt zu werden verlangen kann (vorläufige Immissionen cf. § 76—80).

II. Der Erbe, der die Erbschaft wirklich erworben hat, kann sein erworbenes Recht durch folgende Rechtsmittel geltend machen:

A. Durch petitorische.

B. Durch possessorische (cf. § 74).

Die petitorischen Rechtsmittel können nun sein:

1. Solche, die dem Erblasser zustanden.

Durch die Erwerbung der Erbschaft gehen alle dinglichen und persönlichen Vermögensrechte des Erblassers und also auch die damit verbundenen Klagrechte auf den Erben über (cf. § 1. § 60). Gegen die Schuldner des Erblassers, die ihm, dem Erben, nicht zahlen wollen, gegen Besitzer von Sachen des Erblassers, die ihm diese vorenthalten, gegen den Besitzer eines praedii, der die Ausübung einer Servitut an demselben ihm nicht gestatten will u. s. w., kann daher der Erbe mit den einzelnen Klagen auftreten, die dem Erblasser zukamen. Denjenigen z. B. der dem Erblasser aus einem Darlehn etwas schuldet, belangt er mit der actio mutui, muß sich dabei aber

a. als Erbe legitimiren, und

b. den Beweis des gegebenen Darlehns führen, wie ihn der Erblasser selbst als Kläger hätte führen müssen[1]. Besitzt ein Dritter Sachen des Erblassers titulo singulari, d. h. behauptet der Besitzer das

---

1) L. 42 D. 35. 3: Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo, quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem: non tenetur hereditatis petitione.

Digitized by Google

Eigenthum derselben nicht durch Erbgang, sondern durch einen besondren Erwerbsact, durch Singularsuccession, erworben zu haben: so fordert der Erbe sie ihm mit der rei vindicatio ab[2], und hat zu beweisen, daß der Erblasser Eigenthümer der Sache und er Erbe desselben geworden sei. Auch kann er gegen den Besitzer mit der actio Publiciana klagen, wenn beim Erblasser die Voraussetzungen dieser Klage vorhanden waren und beim Besitzer dieselben vorhanden sind.

Dies sind die sogen. Singularklagen des Erben. Dieselben sind zu erheben gegen jeden Besitzer einzelner Nachlaßgegenstände, welcher bestreitet, daß sie zum Nachlaß gehören.

2. Aber mit diesen Klagen kann ich, wenn ich Erbe bin, nicht gegen jeden durchdringen, der Nachlaßgegenstände besitzt. Es kann sein, daß jemand den ganzen Nachlaß oder einzelne Nachlaßgegenstände besitzt, ohne zu bestreiten, daß sie zum Nachlaß gehören. Ein solcher besitzt entweder:

a. Pro herede, wenn er nämlich mir mein Erbrecht bestreitend, sich selber für den wahren Erbberechtigten erklärt, oder:

b. Pro possessore, wenn er sich gar nicht für erbberechtigt erklärt, mir auch mein Erbrecht möglicher Weise gar nicht bestreitet, sondern aus irgend einem Grunde, oder von irgend einer im positiven Recht nicht begründeten Rechtsidee ausgehend, ja aus bloßer Anmaßung, sogar in Folge wissentlich unrechtmäßiger Aneignung, Raubes, vis armata, mir die Herausgabe weigert, und so factisch mein Erbrecht negirt. Auch der Besitzer pro possessore kann Besitzer des ganzen Nachlasses sein und sogar sich als Universalsuccessor geriren.

Gegenüber diesen Besitzern pro herede und pro possessore habe ich mich vor dem Richter lediglich auf mein Erbrecht zu berufen und zwar habe ich gegenüber demjenigen Besitzer pro possessore, der mein Erbrecht nicht bestreitet, nichts weiter zu thun, als die materielle Consequenz meines Erbrechts, d. i. die Herausgabe der Nachlaßgegenstände, die er besitzt, zu erwirken; dem Besitzer pro herede gegenüber aber, so wie dem Besitzer pro posses-

---

2) Const. 4 Cod. 7. 34: . . qui nec pro herede nec pro possessore, sed pro emto vel donato seu alio titulo res, quae hereditariae sunt . . , possident, quum ab his successio vindicari non possit . .

Const. 7 i. f. Cod. 3. 31: . . A ceteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse manifestum est . . .

Digitized by Google

sore gegenüber, der mein Erbrecht bestreitet, zuerst mein Erbrecht zu beweisen und dann dessen materielle Consequenz zu erwirken. Beweise ich mein Erbrecht und kann der Besitzer pro herede nicht nachweisen, daß er ein dem meinigen vorgehendes Erbrecht habe, so muß er die Nachlaßgegenstände, die er besitzt, mir herausgeben.

3. Die Klage gegen beide Besitzer von Nachlaßgegenständen ist die Erbschaftsklage, die hereditatis petitio. Sie geht, wie die Quellen sagen, gegen den possessor rei et juris[3] (s. unten). Sie wird aufgefaßt als eine Vindication des Erbrechts[4]. Mit ihr wird das erworbene Erbrecht durchgesetzt gegen Dritte, die es verletzen. Mit ihr macht der Erbe geltend nicht seine Einzelrechte am Nachlasse, sondern sein aus dem Begriff der Erbfolge mit Rechtsnothwendigkeit sich ergebendes Recht der vollständigen Repräsentation des Erblassers. Mit ihr erzwingt er die materielle Consequenz dieser Repräsentation d. i. die Herausgabe der Erbschaft cum omni causa.

4. So wie die Erbschaft ein Begriffsganzes ist, von dem in mehr als einer Beziehung besondre Rechtsgrundsätze gelten, so ist auch die hereditatis petitio, obwohl sie ursprünglich die Natur der rei vindicatio hatte, in Folge der begriffsmäßigen Entwicklung, die sie nahm, ihren Rechtsgrundsätzen nach eine von der rei vindicatio vielfach abweichende.

---

3) L. 9 D. 5. 3: Regulariter definiendum est, eum demum teneri H. petitione, qui vel jus pro herede, vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam.

L. 11 pr. D. eod.: Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit, se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur. Et Arianus . . . putat teneri . . et bonorum possessor pro herede videtur possidere. § 1. Pro possessore possidet praedo.

L. 12 D. eod.: . . qui interrogatus: „cur possideat?" responsurus sit: „quia possideo", nec contendet se heredem vel per mendacium...

L. 13 pr. D. eod.: nec ullam causam possessionis possit dicere. Et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

4) L. 8 D. 5. 3: Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is, qui . . .

L. 3 D. 47. 19: . . electionem esse, utrum quis velit crimen expilatae hereditatis . . agere, an hereditatem a possessoribus jure ordinario vindicare.

Const. 4 Cod. 6. 9: . . nullam ad heredes vindicationem successionis transmittere potuit.

Const. 15 Cod. 6. 15: . . sine auxilio B. Pionis ejus te successionem vindicare non posse.

Const. 2 Cod. 6. 16.

Digitized by Google

a. Zunächst ist die H. P. eine dingliche Klage (cit. l. 27 § 3 D. h. t. in § 71 Anm. 23) d. i. der Erbe erhebt sie gegen jeden, welcher pro herede vel pro possessore besitzt, ohne Rücksicht, ob dem Besitzer eine persönliche Verbindlichkeit zur Herausgabe obliegt.

b. Sie ist ferner eine Universalklage. Mit ihr verfolgt der Erbe die universitas der hereditas[5]. Sie ist sodann die einzige dingliche Universalklage die wir überhaupt haben. In anderen Fällen, in denen es sich um den unbefugten Besitz eines ganzen Vermögens handelt, findet nämlich eine dingliche Universalklage nicht Statt. Ist der Besitzer meines Vermögens mir zur Herausgabe desselben persönlich verpflichtet, so habe ich gegen ihn eine persönliche Universalklage z. B. gegen meinen gewesenen Vormund nach beendeter Vormundschaft die actio tutelae. Auch wenn ich mein Vermögen verkaufe oder verschenke, so kann der Käufer mit der persönlichen, hier quasi-universellen, Kaufsklage, der Beschenkte mit der persönlichen, hier quasi-universellen, Schenkungsklage auf Uebergabe aller einzelnen Sachen, und auf Cession aller einzelnen Forderungen klagen. Wo es dagegen an der persönlichen Verbindlichkeit des Besitzers zur Herausgabe fehlt, da muß man mit den Singularklagen vindiciren, z. B. wenn ich nach Rückkehr aus feindlicher Gefangenschaft finde, daß sich jemand meines ganzen Vermögens bemächtigt hat.

Mit der hereditatis petitio verfolgt der Erbe sein Recht an der Gesammtheit der Erbschaftssachen auf einmal, ohne nöthig zu haben, auf jedes einzelne in der Erbschaft enthaltene Vermögensrecht oder Vermögensobject eine besondre Klage anzustellen. Mit ihr vindicirt er die hereditas als ein Ganzes — oder auch einen ideellen Theil derselben als ein Ganzes — wie eine einzelne (körperliche) Sache. Cit. l. 1 § 1 D. 5. 4 L. 1 pr. D. 6. 1 (Anm. 5).

---

5) L. 1 pr. D. 6. 1: Post actiones, quae de universitate propositae sunt, subjicitur actio singularum rerum petitionis.

L. 1 § 1 D. 5. 4: Qui hereditatem petit . ., is non ex eo metitur, quod possessor occupavit, sed ex suo jure. Et ideo, sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, licet tu unam rem possideas, sive ex parte, partem, licet tu totam hereditatem possideas.

Cit. l. 8 D. 5. 3 (Anm. 4).

Digitized by Google

§ 70.

b. Von der Person des Klägers.

Schwanert, Enumeratio per univers. successionum. Götting. 1846. p. 13 sq. Arndts Beitr. S. 50 ff. Göschen § 947. Mühlenbruch-Glück Bd. 7. S. 493 ff. Puchta § 515. § 516. Sintenis § 190. Seuffert's Archiv I. Nr. 95. 258. II. Nr. 359. Vering S. 537—539. Arndts im Rtsl. l. c. S. 217 ff.

Das Fundament der Erbrechtsklage ist nicht, wie bei der rei vindicatio das Eigenthum des Klägers, sondern das Erbrecht desselben. Dem ist die Klage gegeben, dem die Anerkennung seines Anspruchs auf die Succession in die gesammte Vermögenssphäre des Erblassers verweigert wird.

I. Klagberechtigt ist daher nur der Erbe und beziehungsweise der Erbeserbe. Als civilis actio steht die H. P. dem Civilerben zu, dem eigentlichen heres, dem legitimus, wie dem testamentarius. Utiliter hat sie der prätorische Erbe als hereditatis petitio possessoria[1] und der Universalfideicommissar als hereditatis petitio fideicommissaria[2]. Als utilis actio giebt man die H. P. ferner dem Fiscus[3], dem der Nachlaß als bona vacantia oder ereptoria zufällt, sowie anderen dem Fiscus vorgehenden juristischen Personen (cf. § 18 Nr. II.), ebenso auch demjenigen, der vom Fiscus eine Erbschaft gekauft hat[4]. Demjenigen, der von einem privatus eine — bereits erworbene, angetretene — Erbschaft kauft, ohne Zweifel auch dem Ehegatten, dem eine Erbschaft als dos übertragen ist, können nur die einzelnen Klagen, als ausdrücklich oder stillschweigend an ihn abgetreten, zugestanden werden[5]. Fälschlich hat man

1) L. 2 D. 5. 5: . . . per quam hereditatis petitionem tantumdem consequitur B. Por, quantum . . heres consequi potest.

2) L. 1 D. 5. 6: . . quisquis suscepit restitutam hereditatem ex Senatusconsulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit (cit. l. 54 pr. D. 5. 3 in Anm. 4).

L. 2 D. eod.: Quae actio eadem recipit, quae H. P. civilis.

3) L. 20 § 7 i. f. D. 5. 3: . . Idem et si vacantia bona fisco vindicentur, vel si ex alia quacunque causa bona ad eum pervenerunt.

4) L. 54 pr. D. 5. 3: Ei, qui partes hereditarias, vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur, quemadmodum ei, cui ex Trebelliano S. Cto hereditas restituta est, H. P. datur.

5) L. 16 pr. D. 2. 14: . . ex quo rescriptum est, . . utiles actiones emtori hereditatis dandas merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.

Digitized by Google

aus l. 4 § 28 D. 44. 4[6] die H. P. utilis für ihn ableiten wollen (cf. § 81 Nr. V. 1).

Nicht blos der Alleinerbe (heres ex asse) sondern auch der Theilerbe hat die H. P. Sie ist darnach entweder totalis oder partiaria[7].

II. Im Leugnungsfalle muß Kläger beweisen, Erbrecht erworben zu haben. Er hat demnach zu beweisen:

A. Das Vorhandensein einer Erbschaft d. h. den Tod des Erblassers (cf. § 4 Nr. B.).

B. Seine Erbenqualität. Dazu gehört:

1. Delation der Erbschaft.

a. Wird dieselbe auf Grund des Erbvertrages behauptet, so wird der Beweis durch den gültig geschehenen Abschluß desselben geführt (cf. § 5 Nr. B.).

b. Delatio testamentaria wird bewiesen durch den Beweis

α. der Erbeinsetzung und

β. der Erfüllung der Bedingungen, von denen sie etwa abhängig gemacht ist. Ueber den Beweis der Erbeinsetzung beim schriftlichen oder mündlichen Testamente cf. § 50 Nr. II. Puchta Vorl. Bd. II. S. 416—417.

c. Delatio ab intestato wird bewiesen durch den Beweis des Vorhandenseins desjenigen persönlichen Verhältnisses zum Erblasser, welches nach den Gesetzen Erbrecht begründet, also der Verwandtschaft oder eines speciellen anderen Grundes (cf. § 8 Nr. I.).

Die Nichtexistenz eines Testaments, oder das Nichtvorhandensein näherer oder gleich naher Verwandten braucht der Kläger, der delatio ab intestato behauptet, nicht zu erweisen. Der Beweis davon liegt dem Beklagten ob (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 219 ff.). Der Beklagte befreit sich ganz von der Klage durch den Beweis, ein Dritter sei näher berechtigt, als Kläger; pro parte durch den Beweis, derselbe

6) L. 4 § 28 D. 44. 4: Si, quum legitima hereditas Caji Seji ad te perveniret, et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem et, posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto, isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali ejus, qui ei cessit, non potest pati (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 209 Anm. 4).

7) L. 1 § 1 D. 5. 4: . . et ideo sive ex asse heres sit, totam hereditatem vindicabit, . . sive ex parte, partem.

L. 10 § 1 D. 5. 3.

Digitized by Google

sei gleich nahe berechtigt. Ist er Beklagter zur Herausgabe an Kläger verurtheilt und ist diese erfolgt, so kann später ein näher oder gleich nahe erbberechtigter Dritter gegen Kläger seinerseits die H. P. erheben, entweder die totalis oder die partiaria.

Nach preußischer Praxis gehört zur Erbeslegitimation die Versicherung an Eidesstatt, daß dem Kläger ein näherer oder gleich naher Verwandter nicht bekannt sei.

2. Den Erwerb der Erbschaft. Stellt der Delat selbst die H. P. an und er war bei der Antretung an keine Frist oder Form gebunden, so liegt schon in der Anstellung der H. P. selbst der Beweis der Antretung (pro herede gestio), die durch jede Erklärung und zu jeder Zeit geschehen kann (cf. § 52 Nr. III.). Tritt aber der Erbeserbe als Kläger auf, so muß er beweisen, daß sein Erblasser Erbe geworden ist. Der Delat selbst hat den Beweis, Erbe geworden zu sein, überall dann zu erbringen, wenn er bei der Antretung an eine bestimmte Frist oder Form gebunden war (cf. § 53 Nr. II. A.).

III. Zum Durchdringen mit der H. P. gehört außerdem noch:

A. Die Behauptung und eventuell der Beweis, daß Beklagter diejenigen Gegenstände, deren Herausgabe Kläger fordert, besitzt,

B. die Behauptung, daß dieselben zum Nachlaß gehören,

C. die Voraussetzung, daß Beklagter dieselben entweder pro herede oder pro possessore besitzt, daß er also auch die Nachlaßzugehörigkeit der besessenen Gegenstände nicht bestreitet. Leugnet Beklagter den Besitz ab, so wird dieser, sobald ihn Kläger bewiesen hat, ohne Weitres auf den Kläger übertragen, d. i. ohne daß es für Kläger hier noch des Beweises seines Erbrechts bedarf[8].

IV. Der mit der H. P. totalis auftretende Kläger muß beweisen, ex asse heres zu sein; der mit der partiaria auftretende muß angeben und beweisen, zu welchem Theile er Erbe sei. Ein erst eventuelles, ein nur möglicherweise hinzutretendes, Anwachsungsrecht kann bei der partiaria nicht geltend gemacht werden[9]. Der später

8) L. 80 D. 6. 1: In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere, se non possidere; ita ut, si possit adversarius convincere, rem ab adversario possideri, transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non approbaverit.

9) L. 2 D. 5. 4: Si ex pluribus, ad quos eadem hereditas pertinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent, eos, qui adierint, si

Digitized by Google

accrescirende Erbtheil ist dann besonders einzuklagen. Concurrirt Kläger mit einem venter als Miterben, so wird einstweilen derjenige Erbtheil als der ihm gebührende angenommen, welcher im Fall einer Drillingsgeburt ihm zufallen würde[10] (cf. § 64 Nr. E.). Hat er die Concurrenz der noch nicht geborenen Kinder mehrer Mütter zu fürchten, so geht die Klage einstweilen auf einen ungewissen Erbtheil, den der Richter nach seinem Ermessen vorläufig zu bestimmen hat[11].

§ 71.

c. Von der Person des Beklagten.

Fabricius im Rh. Mus. Bd. 4 S. 171 ff. Arndts Beiträge. S. 38 ff. Thibaut, Ueber das Verhältniß des Beklagten bei der Erbschaftsklage, im civil. Arch. Bd. VIII. Nr. 12. Sintenis, Select. capit. p. 62 sq. Savigny Syst. Bd. 5 S. 26 ff. Bd. 6 S. 40 ff. Arndts § 531. Puchta § 515. Sintenis § 190. Mühlenbruch-Glück Bd. 8 S. 2 ff. Göschen § 961. Vering S. 540—543. Vangerow § 505. Arndts im Rtsl. l. c. S. 209—216.

1. Zunächst ist es, wie bei der rei vindicatio, der Besitz[1] körperlicher Nachlaßgegenstände, aller oder einzelner, selbst nur eines einzigen[2], welcher die Rolle des Beklagten bestimmt.

---

petant hereditatem, non majorem partem petere debere, quam habituri essent ceteris adeuntibus .. Non adeuntibus autem ceteris, poterunt tunc partes eorum petere ....

10) L. 3 D. 5. 4: ..juris auctores medietatem quandam secuti sunt, ut .., quia fieri poterat, ut tregemini nascerentur, quartam partem superstiti filio assignaverint. Ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimidia, sed ex quarta, interim heres erit.

L. 4 D. eod.: Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata accrescere; si plures, quam tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.

11) L. 1 § 5 D. 5. 4: Interdum Praetor incertae partis hereditatis petitionem indulget idoneis causis intervenientibus; ut puta: Est defuncti fratris filius; sunt et uxores defunctorum fratrum praegnantes. Quam partem fratris filius hereditatis vindicet? incertum est; quia, quot edantur fratrum defuncti filii, incertum est. Aequissimum igitur est, incertae partis vindicationem ei concedi ... itaque dicitur, ubicunque merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertae partis vindicationem concedi.

1) L. 36 pr. D. 36. 1: Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit vel dolo desiit possidere.

2) Cit. l. 9 D. 5. 3 (cf. § 69 Anm. 3) L. 4 D. 5. 3: Si hereditatem petam ab eo, qui unam rem possidebat, de qua sola controversia erat: etiam id, quod postea coepit possidere, restituit.

Digitized by Google

Aber nicht nur gegen den corporis possessor, sondern auch gegen den juris possessor steht dem Erben die H. P. zu[3]. Als juris possessor betrachten die Quellen:

a. jeden Erbschaftsschuldner[4], mag nun schon der Erblasser oder erst die hereditas jacens[5] die obligatio erworben haben;

b. den gewesenen Besitzer von Erbschaftssachen, welcher gegen den gegenwärtigen Besitzer eine Klage auf Rückgabe hat, z. B. die condictio indebiti[6], oder das interdictum unde vi[7]. „His casibus actiones suas duntaxat praestiturum, Julianus scribit" (L. 16 § 7 D. cit.). Der Beklagte hat dem Kläger nur die erwähnte Klage auf Rückgabe zu cediren;

c. den gewesenen Besitzer von Erbschaftssachen, welcher sie verkaufte und das Kaufgeld in Händen hat[8].

---

3) L. 13 § 15 D. 5. 3: Et a juris possessoribus posse hereditatem peti constat.

L. 18 § 2 D. eod.: Nunc videamus, quae veniant in H. Petitione? Et placuit universas res hereditatis in hoc judicium venire, sive jura, sive corpora sint.

4) L. 13 § 15 D. 5. 3: Item a debitore hereditario quasi a juris possessore . . hereditatem peti constat.

5) L. 14 D. eod.: . . Debitor hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel qui ante aditam hereditatem damnum dedit. L. 15 D. eod.: vel aliquam rem hereditariam surripuerit.

L. 16 § 3 D. eod.: Non solum . . a debitore defuncti, sed etiam a debitore hereditario, peti hereditas potest. Denique ab eo, qui negotia hereditaria gessit, . . peti hereditatem posse. Sed si heredis negotia gessit, nequaquam. Ab heredis enim debitore peti hereditas non potest.

6) L. 16 § 7 D. 5. 3: Julianus scribit, si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem, vel singulas res praestiterit: peti ab eo hereditatem posse; quia habet condictionem earum rerum, quae sunt ex ea causa solutae et veluti juris possessor est. Sed et si pretia rerum, quas distraxit, ex causa fideicommissi solvit, peti hereditatem ab eo posse: quia repetere potest. Sed his casibus actiones suas duntaxat praestiturum.

7) L. 16 § 4 D. 5. 3: Julianus scribit, si is, qui pro herede possidebat, vi fuerit dejectus, peti ab eo hereditatem posse, quasi a juris possessore; quia habet interdictum Unde vi. Quo victus cedere debet. Sed et eum, qui dejecit, petitione hereditatis teneri, quia res hereditarias pro possessore possidet.

8) L. 34 § 1 D. eod.: Si pretium rerum hereditariarum venditarum . . habeat, posse a . ., quasi a juris possessore, hereditatem peti.

Digitized by Google

Auch gegen den Inhaber (Besitzer oder auch nur Detentor) körperlicher Sachen, die sich nur in Detention des Erblassers befanden, geht die H. P.[9].

Auch gegen den Haussohn findet die H. P. Statt, nicht minder aber auch gegen den Hausvater, insofern dieser durch den Sohn oder in dessen Peculium Nachlaßgegenstände besitzt[10].

2. Die H. P. utilis wird gegeben:

a. Gegen den Universalfideicommissar, dem die Erbschaft restituirt worden[11];

b. gegen den Käufer der Erbschaft[12], mit Ausnahme jedoch desjenigen, der vom Fiscus die Erbschaft kaufte (cf. § 81 Nr. IV.);

c. ohne Zweifel jedoch auch gegen den Fiscus selbst (cf. § 18);

d. gegen den, der die Erbschaft dotis nomine besitzt[13].

3. Pro herede besitzt, wer selbst Erbe zu sein behauptet, jedoch nicht nur, wer sich wirklich für den Erben hält, sondern auch wer Erbe zu sein wissentlich nur vorschützt[14].

4. Pro possessore besitzt insonderheit:

---

9) L. 19 pr. D. 5. 3: Et non tantum hereditaria corpora, sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet: ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve . . § 2. Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem.

10) L. 34 § 1 D. eod.: Si . . filiusfamilias res hereditarias teneat a patre . . peti hereditas potest, si facultatem restituendarum rerum habet. Certe si pretium rerum hereditariarum venditarum in peculio servi habeat, posse a domino . . hereditatem peti . . .

L. 36 § 1 D. eod.: Sed et a filiofamilias peti hereditatem posse; quia restituendi facultatem habet . . .

11) L. 13 § 5 D. 5. 3: . . adversus fideicommissarium dari utilem actionem.

L. 20 § 13 D. eod. Cit. l. 16 § 7 D. eod. (Anm. 6).

12) L. 13 § 4 D. eod.: Quid, si quis hereditatem emerit: an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari . .? Et putat . ., dandam utilem actionem.

L. 13 § 8 i. f. D. eod.: Emtor universitatis utili tenetur.

13) L. 13 § 10 D. eod.: . . si mulier hereditatem in dotem dedit, maritum petitione hereditatis utili teneri . . .

14) Cit. l. 9 D. 5. 3 L. 10 pr. § 1 D. eod. (cf. § 69 Anm. 3).

L. 11 pr. D. eod.: Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur, et . . putat teneri (cf. cit. l. 12 D. verb. vel per mendacium).

Digitized by Google

a. Wer eigenmächtig von besitzlosen Nachlaßgegenständen Besitz ergriffen hat im Bewußtsein, nicht Erbe zu sein: selbst dann, wenn er Eigenthümer zu sein glaubt z. B. wenn ich glaube, der Erblasser habe meine Sache widerrechtlich besessen und ich nun die Zeit der hereditas vacans dazu benutze, mich eigenmächtig in den Besitz zu setzen. Hier bin ich praedo oder Besitzer pro possessore. Diesen ohne Rechtsgrund erworbenen Besitz muß ich restituiren, um hinterher mein Eigenthum gegen ihn klagend geltend zu machen, wie ich auch gegen den noch besitzenden Erblasser hätte thun müssen[15].

b. Wer schon dem besitzenden Verstorbenen, oder auch besitzenden dritten Personen, den Besitz von Erbschaftssachen durch Delict, oder überhaupt unrechtmäßiger Weise, abgenommen hat, z. B. der Räuber, Dieb, oder Dejicient[16].

c. Wer mala fide durch ein ipso jure ungültiges Rechtsgeschäft solche Sachen vom unrechten Erben, oder von einem Dritten oder auch vom rechten Erben erworben hat, z. B. durch Kauf von einem Wahnsinnigen oder Unmündigen[17].

d. Nicht aber, wer durch ein an sich gültiges Geschäft, wenngleich mala fide, eine Erbschaftssache an sich brachte, weil er diese, in Folge dessen, ja titulo, nämlich singulari, besitzt[18] (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 211—212. Beiträge l. c. S. 1—14. Vangerow S. 401—404).

e. Wer die Nachlaßzugehörigkeit der Sachen, die er besitzt, leugnet, besitzt nicht pro possessore, mag er auch sonst alle Requisite der possessio pro possessore erfüllen. Gegen ihn kann der Erbe die H. P. nicht anstellen, nur für jede einzelne Sache die rei vindicatio, oder etwaige sonstige petitorische oder possessorische Rechtsmittel.

---

15) Const. 3 Cod. 8. 2 Const. unic. Cod. Theod. 2. 21 (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 211).

16) L. 14 § 2 D. 4. 2: . . si is, cui vis admissa est, decesserit, heres ejus habet H. petitionem, quoniam pro possessore, qui vim intulit, possidet.

Cit. l. 13 pr. l. 16 § 4 D. 5. 3.

17) L. 13 § 1 D. 5. 3: . . nam et si a furioso emero sciens, pro possessore possideo.

18) Arg. l. 13 § 8 D. eod.: Si quis sciens alienam emit hereditatem, quasi pro possessore possidet, et sic peti ab eo hereditatem posse . . putant. Quam sententiam non puto veram. Nemo enim praedo est, qui pretium numeravit.

Digitized by Google

5. Wie die rei vindicatio, so wird die H. P. auch gegen die ficti possessores zugelassen. Diese sind:

a. Qui liti sese obtulit. Wer sich wider bessres Wissen für den Besitzer der Sache ausgiebt, dadurch den Kläger täuscht und es bis zur Litiscontestation kommen läßt, zahlt dem Kläger den Werth der Sache und quanti ejus (petitoris) interfuit, non decipi, vorausgesetzt, daß dieser sein Erbrecht beweist[19].

b. Qui dolo desiit possidere. Wer vor dem Processe sich des Besitzes der Sache arglistig entäußert, sei es durch Verzehren, Vernichten, Veräußern u. s. w., haftet grade so, als ob er noch Besitzer wäre[20]. Erweist Kläger sein Erbrecht, so wird Beklagter in den Werth der Sache und in das ganze Interesse des Klägers (litis aestimatio) verurtheilt. Die Höhe dieses seines Interesses kann er durch sein jusjurandum in litem beweisen[21].

Diesen Grundsatz schuf unter Kaiser Hadrian das S. C. Juventianum bei Erbschaften, die dem Fiscus verfallen waren[22].

---

19) L. 13 § 13 D. 5. 3: . . dolo enim facere eum, qui se offert petitioni. Quam sententiam . . . probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.

L. 45 D. eod.: Qui liti se obtulit, quum rem non possideret, condemnatur, nisi si . . possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere. Quippe isto modo non est deceptus. Et qui se H. petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur. Aestimari scilicet oportebit, quanti ejus interfuit, non decipi.

20) L. 13 § 14 D. 5. 3: . . si quis dolo fecerit, quominus possideat, H. petitione tenebitur . . .

L. 25 § 2 D. eod.: Quod ait Senatus: „eos, qui bona invasissent, quae scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent", ita intelligendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem H. deduceretur . . § 8. „Perinde condemnandos, quasi possiderent": merito; nam is, qui dolo fecit, quominus possideret, ut possessor condemnatur: accipiens, sive dolo desierit possidere, sive dolo possessionem noluerit admittere. Sive autem ab alio res possideatur, sive in totum non extet: locum habebit haec clausula. Unde si sit alius possessor, ab utroque hereditas peti possit, si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur.

L. 131 D. 50. 17: Dolus pro possessione est.

21) L. 25 § 10 D. 5. 3: . . tam enim adversus eum, qui dolo fecit, quominus possideat, quam adversus possidentem, in litem juratur.

22) Das S. C. ist seinem ganzen Wortlaute nach in l. 20 § 6 D. h. t. enthalten. Hierher gehören davon die so eben in cit. l. 25 § 2 D. 5. 3 (Anm. 20) wiederholten Worte.

Digitized by Google

Ausgedehnt ward er auf die H. P. überhaupt, endlich auch auf die rei vindicatio[23].

6. Auch der Erbe desjenigen, der pro herede vel pro possessore besaß, haftet, wenn er den Besitz seines Erblassers fortsetzt. Indifferent ist dabei, in welcher Meinung er besitzt, z. B. ob er glaubt, sein Erblasser habe neuerdings das Eigenthum erworben[24].

7. Die H. P. partiaria findet nicht nur gegen jeden Dritten Statt, welcher pro herede vel pro possessore Nachlaßgegenstände besitzt, sondern auch gegen die besitzenden Miterben, wenn sie Klägers Erbtheil pro herede oder pro possessore besitzen[25]. Besitzen sie also nur ihren eignen Erbtheil (die Erbschaft nur zu ihrer Erbquote), während außerdem ein Nichterbe besitzt, so geht sie nur gegen diesen letzten[26].

Unter gegenseitig sich anerkennenden Miterben, von denen niemand pro possessore besitzt, kann nur die actio familiae erciscundae vorkommen[27].

Wenn der allein besitzende Miterbe das Miterbenrecht des andren nicht anerkennt, und dieser sofort gegen jenen die actio fam. ercisc. anstellt, so nöthigt jener ihn durch die exceptio quod praejudicium hereditati non fiat (cf. § 65 Nr. I.) vorerst zur Anstellung der H. P. partiaria[28]. Erst nach deren siegreicher Durchführung kann er

---

23) L. 27 § 3 D. 5. 3: Quum enim in H. petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum, per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci.

24) L. 13 § 3 D. 5. 3: . . ab herede peti hereditatem posse, etiam si ignoret, pro herede vel pro possessore defunctum possedisse. Idem esse . ., etiam si putavit heres, eas res ex hac hereditate esse, quae sibi delata est. § 11. Earum rerum nomine quas pro herede vel pro possessore defunctus possedit, (heres) . . tenetur.

25) L. 1 § 2 med. D. 5. 4: Si possessor et petitor possideant hereditatem, quum unusquisque eorum partem dimidiam hereditatis sibi asserat, invicem petere debebunt, ut partes rerum consequantur.

26) L. 1—4 D. 5. 3. (Ueber die in dieser Stelle enthaltenen möglichen Fälle cf. Göschen § 961 Arndts im Rtsl. l. c. S. 213—216.)

27) L. 1 § 2 i. f. D. 5. 4: Si controversiam sibi non faciunt hereditatis, famil. erciscundae experiri eos oportebit.

28) L. 1 § 1 D. 10. 2: Quae quidem actio (f. e.) nihilominus ei quoque . . competit, qui suam partem non possidet. Sed si is, qui possidet, neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: „si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat“. Quodsi possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio.

Digitized by Google

die Theilungsklage erheben. Wenn dagegen der alleinbesitzende A. des B. Miterbenrecht anerkennt, und Theilung begehrt, B. aber des A. Miterbenrecht leugnet, so hat A. sein Miterbenrecht als Präjudicialpunct im Erbtheilungsprocesse zur Anerkennung zu bringen, da er, so lange B. nicht klagt, gar nicht in der Lage ist, im Wege der H. P. eine Entscheidung zu erwirken, vielmehr B. gegen ihn sein Alleinerbrecht durch H. P. geltend machen müßte[29] (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 213).

8. Gegen den, welcher eine einzelne Erbschaftssache titulo singulari besitzt, z. B. aus der Hand des unrechten Erben, hat der wahre Erbe, wie wir sahen, die H. P. nicht.

9. Es ergiebt sich, wie wichtig es dem Erben ist, der sich zu klagen genöthigt sieht, behuf Feststellung der Passivlegitimation einzelnen Falls zu wissen, aus welchem Grunde Beklagter besitzt. Daher verpflichten diesen die Gesetze zur editio tituli d. h. zur Angabe des Grundes seines Besitzes[30]. Im ältren römischen Proceß bediente man sich hierzu der interrogatio in jure. Statt derselben pflegt man in der heutigen Praxis den Ausweg einzuschlagen, daß man mit der H. P. die rei vindicatio oder actio Publiciana alternativ cumulirt (cf. Sintenis l. c.).

§ 72.

d. Von der Leistung des Beklagten.

Buchholtz l. c. S. 21 ff. Fabricius l. c. S. 181 ff. Arndts Beiträge. S. 62 ff. Dernburg l. c. S. 15 ff. Madai in der Zeitschr. Bd. XI. Nr. 1. Wächter Erörterg. I. S. 7—9. III. S. 127—134. Savigny Syst. Bd. 5 S. 119. 145 ff. Bd. 6 S. 81 ff. S. 167 ff. Arndts § 533. Puchta § 517. Vangerow § 506. Müller S. 860—865. Vering S. 55f—557. Keller § 545. Arndts im Rtsl. l. c. S. 221—230.

Das Ziel der Erbschaftsklage ist dem Besitzer pro herede gegenüber Anerkennung des Erbrechts und folgeweise Restitu-

29) L. 51 § 1 D. 10. 2: Si ego a te hereditatem petere vellem, tu mecum famil. ercisc. agere, ex causa utrique nostrum mos gerendus est. Nam si ego totam hereditatem possideo, et te ex parte dimidia heredem esse confiteor, sed a communione discedere volo: impetrare debeo fam. erc. judicium; quia aliter dividi hereditas inter nos non potest.

30) Const. 11 Cod. 3. 31: Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est, praeter eum, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat.

Digitized by Google

tion der Erbschaft, dem Besitzer pro possessore gegenüber nur die Restitution.

Die Klage geht auf alles zum Nachlaß irgend Gehörende, soweit dies in den Händen des Beklagten ist. Dahin gehören namentlich eigne Sachen des Erblassers nebst deren Erzeugnissen und anderem Zuwachs[1]. Aber auch Sachen, welche nicht Eigenthum des Verstorbenen, und nur bei ihm deponirt, versetzt waren, oder sonst aus einem Rechtsgrunde im Nachlasse sich befanden, müssen mit herausgegeben werden cit. l. 18 § 1. 2 l. 19 pr. § 2 D. 5. 3 (cf. § 71 Anm. 3. 9). Ebenso nicht blos die Früchte und Accessionen, sondern auch erhobene Zinsen, einkassirte Forderungen, Gelder für veräußerte Sachen, müssen herausgegeben[2], erworbene Klagen eintretenden Falls cedirt werden[3].

Die Prästationen des Beklagten beruhen auf dem unter Hadrian erlassenen S. C. Juventianum[4]. Dies bestimmte:

---

1) L. 20 § 3 D. 5. 3: Item non solum ea, quae mortis tempore fuerunt, sed si qua postea augmenta hereditati accesserunt, venire in H. petitionem: nam hereditas et augmentum recipit et deminutionem. Sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate: puto, hereditati accedere, si extrinsecus: non . . . Fructus autem omnes augent hereditatem, sive ante aditam sive post aditam hereditatem accesserint. Et partus ancillarum . . . augent hereditatem.

L. 25 § 20 D. eod.: Augent hereditatem gregum et pecorum partus.

L. 26—29 D. eod. L. 32 D. eod.: Per servum acquisitae res heredi restituendae sunt.

L. 27 § 1 D. eod.: Et pensiones, quae ex locationibus praediorum urbanorum perceptae sunt, venient, licet a lupanario perceptae sint . . .

2) L. 25 § 18 D. 5. 3: Petitio hereditatis . . habet . . praestationes quasdam personales, ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

L. 31 § 5 D. eod.: Quod autem possessori solutum est, an restituere debeat? videamus. Et si bonae fidei possessor fuit, sive non, debere restituere placet.

L. 20 § 18 D. eod.: . . quod indebitum exegit, restituere eum non debere.

Cit. l. 13 § 15 l. 16 pr. § 3 l. 16 § 4 D. 5. 3 (cf. § 71).

3) L. 16 § 5 D. h. t.: . . sive quis possidens, sive non, rem vendiderit, petitione H. eum teneri; sive jam pretium recepit, sive petere possit, ut et hic actionibus cedat.

L. 40 § 2 D. eod.: Actiones, si quas possessor nactus est, evicta hereditate restituere debet, veluti interdictum Unde vi aut quod precario.

4) L. 20 § 6 D. 5. 3. Wortlaut des S. C. Juventianum: „Pridie Idus Martias Q. Julius Balbus et P. Juventius Celsus, Titius Aufidius, Oenus Severianus, consules verba fecerunt de his, quae Imperator Caesar, Tra-

Digitized by Google

I. Der Beklagte, der in bona fide ist, d. h. der die fremde Erbschaft in der redlichen Meinung, er sei Erbe, besitzt, soll an der fremden Erbschaft sich zwar nicht bereichern, aber auch an seinem eignen Vermögen keinen positiven Schaden leiden.

II. Der Beklagte dagegen, der mala fide den Nachlaß oder einzelne Stücke desselben, dem Erben vorenthält, soll nicht nur Alles herausgeben, was er von der Erbschaft hat oder durch sie gewann, sondern auch für jede Veräußrung, die er vornahm, und jede dolose und culpose Beschädigung oder Verringerung einstehen.

In Folge dieses Grundsatzes gestaltet sich nun die Haftungspflicht der Erbschafts-Besitzer folgendermaßen:

A. Bonae fidei possessio.

1. Vor Einleitung des Processes (ante petitam hereditatem) haftet der Besitzer in gutem Glauben:

a. Für Veräußrung und Consumtion der Hauptsache, soweit er bereichert ist[5]. Hat er daher die Erbschaftssache weggegeben, veräußert, aufgezehrt, so kann der Gewinn, den er dadurch machte, von ihm gefordert werden, z. B. der aus dem Verkauf der Sache gelöste

---

jani Parthici filius, Divi Nervae nepos . . proposuit . . . quae proximae fuerunt, libello complexus, quid fieri placeat. De qua re ita censuerunt: Cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes existimant, hereditatem distraxerint, placere, redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas. Idemque in similibus casibus servandum. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos judicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperiissent, deminutaeve fuissent, restituere debere. Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiam, si ante litem contestatam fecerint quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent. Eos autem, qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denunciatum esset ei, aut literis vel edicto evocatus esset, censuerint".

5) L. 25 § 11 D. 5. 3: Consuluit Senatus b. f. possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt.

L. 28 D. eod.: Post S. C. enim omne lucrum auferendum esse tam b. f. possessori, quam praedoni, dicendum est.

Digitized by Google

Preis[6], ebenso der betr. Betrag, wenn er durch den Genuß der Erbschaft Ersparnisse an seinem Vermögen machte. Bei der Frage der Bereicherung ist der Zeitpunct der Verurtheilung maßgebend. Vielleicht war er früher aus dem Besitz der Erbschaft reicher, jetzt aber ist er es nicht mehr. Hier kommt die frühere Bereicherung nicht in Betracht[7].

Da der b. f. possessor also Alles, um was er zur Zeit der Verurtheilung durch die besessene Erbschaft bereichert ist, herausgeben muß, omne lucrum auferendum esse tam bonae quam malae fidei possessori, so schützt ihn auch nicht mehr, wenn er etwa titulo pro herede usucapirt hat. Der Beklagte muß jeden Gewinn herausgeben, folglich auch das durch Usucapion erworbene Eigenthum[8] (cf. Puchta Vorl. Bd. II. S. 415—416).

Für eine Verringerung der Erbschaft durch Beschädigung oder Zerstörung einzelner Erbschaftssachen, oder durch nachlässige, nachtheilige Verwaltung, ist der b. f. possessor gar nicht verantwortlich[9].

Aus dieser Stellung des bonae fidei possessor folgt auch eine Modification der Singularklagen des Erben (cf. § 69 Nr. 1). Wenn nämlich ein b. f. possessor an einen Dritten aus der Erbschaft Sachen veräußert, so kann natürlich der wahre Erbe von diesem Dritten die Sache mit der rei vindicatio herausfordern, aber wenn jener sie oneros veräußerte, so daß er dem Dritten zur Evictionsleistung verpflichtet ist, so darf der Erbe diesem Dritten die Sache nicht abvindiciren, außer

---

6) L. 20 § 17 D. 5. 3: . . B. fidei possessor, si vendiderit res hereditarias, sive exegit pretium, sive non, quia habet actionem, debebit pretium praestare. Sed ubi habet actionem, sufficiet, eum actiones praestare.

7) L. 36 § 4 D. h. t.: Quo tempore locupletior esse debeat b. f. possessor? dubitatur. Sed magis est, rei judicatae tempus spectandum esse.

8) Const. 7 Cod. 3. 31: Hereditatis petitionem praescriptione longi temporis non summoveri . .; quum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat.

9) L. 31 § 3 D. 5. 3: Sicut autem sumtum, quem fecit, deducit, ita si facere debuit, nec fecit, culpae hujus reddat rationem, nisi b. f. possessor est. Tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subjectus est ante petitam hereditatem. Postea vero et ipse praedo est.

Digitized by Google

er würde dem veräußernden b. f. possessor versprechen, ihn wegen der Eviction schadlos zu halten[10] (cf. auch Arndts § 534 init.).

b. Für die Früchte haftet der b. f. possessor. Fructus omnes augent hereditatem (cit. l. 20 § 3 D. h. t. cf. Anm. 1). Die fructus exstantes muß er unbedingt herausgeben. Für veräußerte, oder verzehrte Früchte haftet er, insoweit er dadurch reicher geworden ist[11], insoweit er durch deren Consumtion einen positiven oder negativen Gewinn gehabt hat. Unter Gewinn ist nämlich auch Abwendung eines Schadens zu verstehen. Hat er durch die Consumtion nichts erspart, so braucht er auch nichts herauszugeben. Für fructus percipiendi haftet er in keiner Weise[12].

Aus dem Ausgeführten erhellt, daß in Folge des S. C. Juventianum der b f. possessor hinsichtlich seiner Haftung ante petitam hereditatem ungünstiger gestellt ist, als bei der rei vindicatio, sowohl was die Hauptsache, als auch was die Früchte betrifft. Bei der rei vindicatio nämlich kann nach Veräußrung und Consumtion der Hauptsache der beklagte b. f. possessor nicht auf Herausgabe des dadurch gemachten Gewinnes belangt werden und hinsichtlich der fructus haftet er nicht für die consumti, für die exstantes aber nur unter Voraussetzungen.

2. Nach dem Streitanfange wird jedoch der b. f. possessor strenger behandelt. Von nun an wird seine Haftungspflicht wesentlich verändert.

---

10) L. 25 § 17 D. 5. 3: . . Si rem distraxit b. f. possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emtore possit? Et, si vindicet, an exceptione non repellatur, quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venumdedit, quia non videtur venire in petitionem H. pretium eorum, quamquam victi emtores reversuri sunt ad eum, qui distraxit? Et puto, posse res vindicari, nisi emtores regressum ad b. f. possessorem habent. Quid tamen, si is, qui vendidit, paratus sit, ita defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? Incipit exceptio locum habere ex persona emtorum. Certe si minori pretio res venierint, et pretium quodcunque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici, exceptione eum summoveri.

11) Const. 1 § 1 Cod. 3. 31: . . ante litis contestationem . . . fructus b. f. possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores exstiterint.

L. 40 § 1 D. 5. 3 cf. auch verba des Senatusconsult.

12) § 2 I. 4. 17: . . si vero b. f. possessor fuerit, non habetur ratio . . non perceptorum.

Digitized by Google

Die L. 25 § 7 D. 5. 3[13] sagt: mit dem Proceßanfange „omnes incipiunt malae fidei possessores esse"; und „post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur"; und L. 31 § 3 D. eod. cit.: „postea et b. f. possessor praedo est". Allein dies ist nicht so aufzufassen, als ob die Einleitung des Processes den b. f. possessor factisch in malam fidem versetze. Er kann ja immer noch von seinem Rechte überzeugt bleiben, auch wenn er schließlich im Proceß unterliegt. Die betr. Stellen wollen nur sagen, daß ein redlicher Besitzer vom Streitanfange an denselben Verpflichtungen unterliege, welchen ein unredlicher Besitzer vor dem Processe unterliegt. Nur formell wird er in malam fidem versetzt; „quasi praedo tenetur". Auch ein b. f. possessor, der von einem Dritten auf Herausgabe belangt wird, soll es sich als immerhin möglich denken, daß er sich über sein Recht irren, die Sache nicht ihm gehören und der Gegner Recht haben könne. Deshalb soll er von nun an bis zur Entscheidung des Streites die Sache mit derjenigen Sorgfalt behandeln, die ihm obläge, wenn sie eine fremde, ihm vertraute wäre.

a. Aus diesem Grunde gilt nun von ihm wegen aller seiner Handlungen und Unterlassungen, die in die Zeit des Processes fallen, ganz das, was von den Handlungen und Unterlassungen des malae fidei possessor gilt, die in die Zeit vor dem Processe fallen, also das unten sub Nr. B. 1. a. u. b., keineswegs aber auch das sub Nr. B. 2. a. u. b. Auszuführende. Er haftet also, wenn er während des Processes die Sache veräußert, verzehrt oder sonst dem Berechtigten entzieht. Er haftet ferner, wenn er sie absichtlich oder aus Fahrlässigkeit verschlechtert. Er haftet nicht für zufälligen Untergang oder zufällige Beschädigungen derselben[14].

---

13) L. 25 § 7 D. 5. 3: . . post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quinimo post controversiam motam . .; coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se, is, qui interpellatur.

L. 20 § 11 D. eod.: . . ex quo quis scit, a se peti. Nam ubi scit, incipit esse m. f. possessor.

14) L. 40 pr. D. 5. 3: Illud quoque, quod in oratione D. Hadriani est, ut „post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas", interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut jumenta aut pecora depericrint? Damnari debebit . ., et hoc justum esse . ., Proculo placet. Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte exi-

Digitized by Google

b. Alle Früchte, die er vom Proceßanfange an verzehrt hat, hat er unbedingt zu ersetzen, ohne Rücksicht auf Bereicherung; ebenso jene, die er von da an bei gehörigem Fleiß hätte ziehen können, fructus percipiendi[15].

Vergleichen wir hiermit die Grundsätze der rei vindicatio, so stimmt also die Haftpflicht des b. f. possessor während des Processes bei ihr ganz überein mit der bei der hereditatis petitio.

B. Malae fidei possessio.

1. Vor Einleitung des Processes haftet der unredliche Besitzer vom Anfange der Unredlichkeit seines Besitzes an für die Sache mit allem, was zu ihr gehört, wie ein Schuldner für ein anvertrautes Gut. Diese Haftpflicht beginnt also, wenn schon der Erwerb des Besitzes mala fide erfolgte, im Augenblicke des Besitzerwerbes, z. B. beim Diebe, Räuber, oder beim wissentlichen Erwerbe des Besitzes von einem zur Veräußerung Unbefugten; wenn der Erwerb des Besitzes bona fide erfolgte und erst später der Erwerbende sich überzeugte, daß er kein Recht auf die Sache habe, von diesem Augenblicke an.

Hieraus ergeben sich folgende Consequenzen:

a. In Betreff der Hauptsache.

α. Er haftet für sie, wenn er dolo desiit possidere, d. h. sich des Besitzes derselben absichtlich so entäußert, daß der Berechtigte sie ihm nun mit der H. P. nicht mehr abverlangen kann (cf. § 71 Nr. 5 b.).

β. Wegen seiner Haftung für omnis diligentia wird er auch dann, wenn die Sache ihm durch bloße culpa abhanden kam, als possessor fingirt. Dies wird zwar von Vielen geleugnet (cf. Arndts § 166 not. k. § 167), allein gegen den entschiedenen Ausspruch einiger Stellen[16].

---

stimat. In b. f. possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor (sc. b. f.) aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.

Cit. l. 31 § 3 D. eod. (cf. Anm. 9).

15) § 2 I. 4. 17: .. post inchoatam . . petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumti sunt.

Const. 22 Cod. 3. 32: Certum est, m. f. possessores omnes fructus solere . . praestare, b. f. vero exstantes, post litis contestationem autem universos.

16) L. 25 § 2 D. 5. 3: Quod ait Senatus: „eos, qui bona invasis-

Digitized by Google

Jedoch wird qui culpa desiit milder behandelt, als qui dolo. Der Kläger kann zwar von ihm den vollen Werth der Sache bezahlt verlangen, aber nur soweit er diesen Werth durch die gewöhnlichen Beweismittel nachweisen kann. Das jusjurandum in litem ist hier unstatthaft[17] (cf. Wächter l. c. Bd. III. S. 130).

γ. Kam dem m. f. possessor vor erhobenem Processe die Sache durch Zufall abhanden, oder ward sie bei ihm durch Zufall vernichtet, so steht er dafür nicht ein (außer im Falle von Nr. 3 unten); denn auch ein Schuldner, der noch nicht im Verzuge ist, haftet nicht für den Zufall, der m. f. possessor aber ist, ehe er verklagt wird, noch nicht im Verzuge. Cit. l. 40 pr. D. h. t. (cf. Anm. 14).

δ. Hat der m. f. possessor die Sache dolo oder culpa verschlechtert, so leistet er Ersatz[18].

b. An Früchten muß der m. f. possessor herausgeben, bez. Ersatz leisten:

α. Herausgeben die extantes;

β. Ersatz leisten

aa. für die verzehrten[19] cit. const. 22 Cod. 3.32 (cf. Anm. 15),

bb. für percipiendi ex sua persona, d. i. für Früchte, die er nach seinen Verhältnissen bei gehöriger hausväterlicher Benutzung hätte ziehen können. Ging die Sache durch seinen dolus oder seine

---

sent", ita intelligendum est, ut et dolus praeteritus in petitionem H. deduceretur. Sed et culpa; et ideo ab eo, qui ab alio non exegit, vel a semetipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse; hoc utique si exigere potuit.

L. 45 D. 6. 1: Si homo sit, qui post conventionem restituitur, si quidem a b. f. possessore: puto, cavendum esse de dolo solo, debere ceteros etiam de culpa sua; inter quos erit et b. f. possessor post litem contestatam.

Cit. l. 31 § 3 D. 5. 3 (cf. Anm. 9).

17) L. 4 § 4 D. de in litem jurando 12. 3: Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum constet, sed aestimationem a judice faciendam.

L. 5 § 3 D. eod.: Sed in his omnibus casibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam. Haec enim judex aestimat.

18) Cit. l. 31 § 3 D. 5. 3 L. 13 D. 6. 1: Non solum autem rem restitui, verum etsi deterior res sit facta, rationem judex habere debebit.

19) § 2 I. 4. 17 (argum. a contrario): Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit. Si vero b. f. possessor, non habetur ratio consumtorum, neque non perceptorum.

Digitized by Google

culpa zu Grunde, so muß er bis zur Fällung des Urtheils fructus percipiendi ersetzen[20].

2. Noch strenger wird er nach Erhebung des Rechtsstreits behandelt. Hier haftet er nicht blos für das unter Nr. 1. Ausgeführte, sondern außerdem noch, da er von diesem Zeitpuncte an im Verzuge ist, für Folgendes:

a. Auch für den zufälligen Untergang und für zufällige Verschlechtrung der Sache und ihrer Accessionen haftet er, und zwar ganz in der Weise, wie ein moroser Schuldner für den Zufall haftet[21]. Also befreit er sich, wenn er beweisen kann, daß die Sache, auch wenn er sie mit dem Beginn des Processes sofort herausgegeben hätte, auch beim Kläger von demselben Zufalle betroffen worden wäre[22] (Savigny l. c. S. 167 ff. S. 179).

b. Er haftet jetzt für fructus percipiendi ex persona domini, d. h. für die Früchte, welche der Kläger, wenn er die Sache in Händen gehabt hätte, nach seinen Verhältnissen gezogen haben würde[23] (cf. Wächter Erört. III. S. 133).

---

20) L. 25 § 4 D. 5. 3: Sed et fructus, non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos praestituros.

L. 33 D. 6. 1: Fructus non modo percepti sed et qui percipi honeste potuerunt, aestimandi sunt.

L. 62 § 1 D. eod. Die beiden letztren Stellen gelten zwar zunächst nur von der rei vindicatio. Allein

§ 2 I. 4. 17 sagt: Si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quae diximus intervenire in singularum rerum petitione.

21) Cit. l. 40 pr. D. 5. 3 (cf. Anm. 14).

L. 20 § 21 D. eod.: Si . . res apud emtorem extent, nec deperditae nec deminutae sunt: sine dubio ipsas res debet praestare m. f. possessor, aut, si recipere eas ab emtore nullo modo possit, tantum, quantum in litem juratur. At ubi deperditae sunt et deminutae, verum pretium debet praestari; quia, si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei non perderet.

L. 15 § 3 D. 6. 1: . . moram passo debere praestari . . .

22) L. 14 § 11 D. 4. 2: . . Sed etsi non culpa ab eo, cum quo agitur, aberit, si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset, tenebitur.

L. 12 § 4 D. 10. 4: . . Tanto magis, si apparebit, eo casú mortuum esse, qui non incidisset, si tum exhibitus fuisset.

23) Const. 4 Cod. 8. 4: . . quo reum omnem causam praestare, in qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non quos praedo percepit, venire, non ambigitur.

Cit. l. 62 § 1 D. 6. 1.

Digitized by Google

3. Kam der m. f. possessor durch ein Delict in den Besitz der Sache, z. B. durch Diebstahl, Gewalt, so haftet er für das sub Nr. 2. Ausgeführte schon vom Anfange seines unredlichen Besitzes an[24].

Die Haftpflicht des m. f. possessor vor und nach dem Streitanfange regelt sich bei der hereditatis petitio und rei vindicatio in allen wesentlichen Puncten nach gleichen Grundsätzen.

III. Nach dem Ausgeführten tritt mit dem Proceßanfange eine erhöhte Verpflichtung des Besitzers ein, und es ist daher die Frage wichtig, welcher Proceßabschnitt diesen Anfang bildet. Nach ältrem römischen Recht war es die litis contestatio. Nach der Ansicht Vieler soll diese auch nach dem spätren Recht, und noch bei uns, der entscheidende Zeitpunct sein. Da es jedoch vernünftigerweise auf das Bewußtsein des Beklagten ankommt, daß eine gerichtliche Anforderung gegen ihn erhoben ist, so würde der natürlichere Zeitpunct der sein, in welchem das Klagpetitum ihm officiell bekannt wird. Dafür entschied sich wohl auch schon das spätre römische Recht: „post inchoatam petitionem“ cit. § 2 I. 4. 17 cit. l. 25 § 7 D. 5. 3. Diesen Zeitpunct der Ladung haben daher wohl auch wir anzunehmen (cf. Wächter Erört. III. S. 134).

IV. Die Erbschaft enthält außer Eigenthum und dinglichen Rechten auch Forderungsrechte und allerlei künstliche Beziehungen, die sich unter dem Begriff der possessio nicht erschöpfen lassen. Demgemäß enthält auch die Erbschaftsklage neben dem dinglichen Anspruch, und zwar in ausgedehnterem Maße, als die rei vindicatio, zugleich verschiedene obligatorische, auf persönliche Leistungen hinauslaufende Ansprüche beigemischt[25]. Dadurch, daß die H. P. auch gegen denjenigen geht, welcher aus ehemaligem Besitz von Erbschaftsstücken noch jetzt bereichert ist, tritt namentlich die Natur einer condictio hervor. Daher auch die Bezeichnung der H. P. als mixta personalis actio in cit. const. 7 Cod. 3. 31 (cf. Anm. 8).

---

24) Cit. const. 4 Cod. 8. 4 L. 62 § 1 D. 6. 1 Const. 9 Cod. 6. 2: Subtracto furto, vel vi abrepto mancipio . . tam ad raptorem quam ad furem periculum redundabit.

25) L. 25 § 18 D. 5. 3: Petitio hereditatis, etsi in rem actio est, habet tamen praestationes quasdam personales, ut puta eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

Digitized by Google

Irrig ist es, wenn die ältre Doctrin für die H. P. unbedingt die Rechtsregel aufgestellt hat: „Res succedit in locum pretii, pretium in locum rei", obgleich allerdings die Thatsache nicht hinweg zu interpretiren ist, daß die Quellen nicht nur diesen Satz seinem zweiten Theile nach buchstäblich aussprechen[26], sondern daß sie auch einzelne Bestimmungen enthalten, welche offenbar Ausfluß dieser Regel sind, z. B. daß dem unberechtigten Besitzer der Erbschaft der für veräußerte Erbschaftssachen eingenommene Preis mit der H. P. abgefordert werden kann. Allein:

A. Der redliche Besitzer muß den eingehobenen Preis nur herausgeben, weil und soweit er dadurch noch bereichert ist[27] cit. l. 25 § 11. 17 D. 5. 3 (cf. Anm. 5. 10).

B. Der unredliche Besitzer hat den eingehobenen Preis unbedingt auszuzahlen, ausgenommen bei Veräußrungen, die im Interesse der Erbschaft selbst lagen[28].

Existirt jedoch noch die veräußerte Sache, so bildet den Gegenstand der Klage zunächst gar nicht der eingehobene Preis, sondern die Sache selbst mit ihren Früchten: „non pretia rerum, sed ipsae res, veniunt in H. Pione et fructus earum[29]. Der Beklagte muß also für ihre Herbeischaffung sorgen. Kann er dies nicht, so zahlt er ihren vollen, durch Klägers Schätzungseid zu bestimmenden Werth[30],

---

26) L. 22 D. 5. 3: . . in oratione D. Hadriani ita est: „Dispicite, patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere: quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum".

27) L. 23 pr. D. 5. 3: Utrum autem omne pretium restituere debebit b. f. possessor? an vero ita demum, si factus sit locupletior? videndum. Finge, pretium acceptum vel perdidisse vel consumsisse vel donasse . . . ita demum computet, si factus sit locupletior.

28) L. 20 § 2 D. 5. 3: . . si fundum hereditarium distraxit, si quidem sine causa: et ipsum fundum et fructus in H. P. venire. Quod si aeris exsolvendi gratia hereditarii id fecit, non amplius venire, quam pretium.

L. 33 § 1 D. eod.

29) Cit. l. 20 § 2 D. 5. 3 L. 20 § 12 D. eod.: . . si quis sciens, ad se hereditatem non pertinere, distraxit, non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in H. P. et fructus earum.

30) Cit. l. 20 § 21 D. eod. (cf. Anm. 21) cit. l. 33 § 1 D. eod.

Digitized by Google

falls nicht Kläger vorzieht, den eingehobenen Preis nebst Zinsen zu verlangen[31].

3. Gegen die Unbedingtheit dieser Rechtsregel spricht ferner, daß der Erbe vom dritten Besitzer die Sache vindiciren kann[32], wennschon mit der angeführten Beschränkung bei der Veräußrung durch den b. f. possessor, damit dieser nicht Schaden leide durch die Evictionsklage des Dritten (cf. Nr. A. 1. a. i. f.). Kommt ferner die Sache wieder in die Hände des Erbschaftsbesitzers, so kann der Erbe beim m. f. possessor zwischen Sache und Preis wählen. Vom b. f. possessor muß er die Sache annehmen, jedoch so, daß dieser dem Erben noch das hinzu zu geben hat, um was er etwa durch den früher gelösten Preis noch bereichert ist[33].

4. Es existirt zwar der Grundsatz, daß mit der H. P. den Erbschaftsbesitzern die von ihnen für die Erbschaft angeschafften Sachen abgefordert werden können. Allein dieser erklärt sich nicht vollständig aus jener Regel. Der Beklagte muß sie vielmehr selbst

---

31) L. 20 § 12 D. 5. 3: . . Senatus de his locutus est, qui se heredes existimant. Nisi forte ad eas res referemus, quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem, quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, utrum ipsius rei et fructuum, an pretii et usurarum post motam controversiam. § 16. Quid, si post petitam hereditatem res distraxerit? Hic ipsae res venient, fructusque earum. Sed si forte tales fuerunt, quae vel steriles erant, vel tempore periturae, et hae distractae sunt vero pretio, fortassis possit eligere petitor, ut sibi pretia et usurae praestentur.

32) L. 13 § 4 D. 5. 3: Quid, si quis hereditatem emerit, an utilis in eum H. P. deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est. Sed finge, non extare venditorem vel modico vendidisse, et b. f. possessorem fuisse, an porrigi manus ad emtorem debeant? Et putat . . Cassius, dandam utilem actionem.

Const. 2 i. f. Cod. 3. 31: . . Emtor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur.

33) L. 22 D. 5. 3: Si et rem et pretium habet b. f. possessor, puta, quod eandem redemerit, an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In praedone dicimus, electionem esse debere actoris. An hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret, quod inverecundum sit tale desiderium? an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id, quod amplius habet, ex pretio restituere debeat? videndum. Nam et in oratione D. Hadriani ita est: „Dispicite, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum". Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione ejus rei lucratus sit.

Digitized by Google

dann verabfolgen lassen, wenn er sie mit seinem eignen Gelde angeschafft hat. Hier hat er nur Anspruch auf Ersatz der Anschaffungskosten. Der Erbe seinerseits hat indeß die Wahl. Er braucht sich den Tausch nicht gefallen zu lassen, sondern kann statt der mit dem Erbschaftsgelde gekauften Sachen das Geld verlangen, soweit nicht dadurch ein b. f. possessor Verlust erleiden würde, oder die Erwerbung der Sache für die Erbschaft nöthig war. Kaufte aber der Erbschaftsbesitzer mit Erbschaftsgelde Sachen nicht für die Erbschaft, sondern für sich selbst, so kann der Erbe auf die Herausgabe dieser Sachen die H. P. nicht anstellen, sondern muß auf Auszahlung des Geldes klagen[34].

§ 73.

e. Gegenforderungen des Beklagten.

Kämmerer in d. Gießner Zeitschr. Bd. VIII. S. 196—200. Arndts § 533. Puchta § 517. Göschen § 951. Keller § 546. Bering S. 557—560. Arndts im Rtfl. l. c. S. 230—233.

Die bisher betrachtete Restitutionsverbindlichkeit des Beklagten kann Modificationen erleiden durch Gegenansprüche desselben. Der petitor kann dem possessor zu Leistungen verpflichtet sein. Diese können auf verschiedene Weise begründet sein:

1. Wenn der Erblasser dem Beklagten etwas schuldet, ex obligatione civili vel adeo naturali, so kann er, wenn er b. f. possessor ist, dies abziehen. Der m. f. possessor aber hat zunächst die ganze Erbschaft herauszugeben und erst dann in separato zu klagen[1].

---

34) L. 20 pr. D. 5. 3: Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis causa comparata sunt .. et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient, si vero non pecunia hereditaria videndum erit: Et puto etiam haec venire, si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet restituturo herede.

§ 1. Sed non omnia, quae ex hereditaria pecunia comparata sunt, in H. P. veniunt. Denique scribit . . ., si possessor ex pecunia hereditaria hominem emerit, et ab eo petatur hereditas, ita venire in H. P., si hereditatis interfuit, eum emi; at si sui causa emit, pretium venire.

Cit. l. 20 § 6 D. eod. (cf. Anm. 4).

1) L. 31 § 1 D. 5. 3: Sed si ipsi aliquid praedoni debebatur, hoc deducere non debebit, maxime si id fuit debitum, quod natura debebatur. § 2. Justus autem possessor . . debebit deducere, quod sibi debetur.

Digitized by Google

2. Hat der Beklagte für die Erbschaft durch Verwaltung Verbindlichkeiten auf sich genommen, so muß der petitor diese Verbindlichkeiten übernehmen, bez. ihn von denselben befreien oder auch ihm Caution stellen[2].

3. Hat der Beklagte Erbschaftsschulden bezahlt, so kann er deshalb compensiren oder die Erbschaftssachen retiniren. Da aber durch diese Zahlungen der Kläger nicht liberirt worden ist, weil sie nicht in seinem Namen geschahen, so muß der m. f. possessor, welcher Schulden bezahlte, caviren, d. h. den Erben vertreten, falls ihn die Gläubiger belangen sollten. Der b. f. possessor muß die ihm gegen die bezahlten Gläubiger erworbene condictio indebiti den Erben cediren[3].

4. Das sub Nr. 3. Ausgeführte gilt bei einem b. f. possessor auch dann, wenn er Vermächtnisse ausgezahlt hat, ehe er die Erbansprüche des Klägers kannte; wenn er z. B. ex testamento antrat, dieses aber später als ungültig verworfen wird. Treffen diese Vermächtnisse auch den wirklichen Erben, so compensirt er und retinirt. Treffen sie ihn nicht, so compensirt und retinirt er gleichfalls und cedirt nur seine Rückforderungsklage dem Erben[4].

---

2) L. 20 § 20 D. 5. 3: Sed et si ob venditionem obstrictus sit emtori possessor hereditatis, dicendum erit, prospici ei cautione.

L. 40 § 3 D. eod.: Contra quoque, si possessor caverit damni infecti, cavendum est possessori.

3) L. 31 pr. D. 5. 3: Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit. Quamquam . . non liberaverit petitorem hereditatis. Nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. Et ideo Julianus . . scribit, ita id imputaturum possessorem, si caverit, a se petitorem defensum iri. Sed an et b. f. possessor debeat defendendum cavere? videndum erit; quia in eo, quod solvit, non videtur locupletior factus, nisi forte habeat condictionem. Et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere. Finge enim, eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. Et videtur mihi Julianus de solo praedone, ut caveat, sensisse, non etiam de b. f. possessoribus. Condictionem tamen praestare debebit. Sed et petitor, si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit (nämlich nach erfolgter Cession der condictio).

Cit. l. 20 § 18 D. 5. 3 (cf. § 72 Anm. 2) cit. l. 5 D. eod.

L. 65 § 9 D. 12. 6.

4) L. 17 D. 5. 3: . . Quodsi possessor hereditatis ob id, quod ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit, si quis ab intestato eam hereditatem evincat: licet damnum videtur esse

Digitized by Google

5. Hat der Beklagte Verwendungen auf die Erbschaft oder auf Erbschaftssachen gemacht, so kann er Impensen-Ersatz fordern:

a. In Bezug auf die Früchte[5]. Die impensae, die der b. f. possessor zur Erzielung dieser aufwandte, die Culturkosten, müssen immer ersetzt werden, selbst wenn Früchte nicht erzielt wurden[6]. Dem m. f. possessor werden blos die mit Erfolg verwandten ersetzt.

b. In Bezug auf die Sache. Dem b. f. possessor soll die Restitution keinen Schaden bringen. Darum hat er Gegenforderung wegen aller auf die Sache gemachter impensae, auch voluptuariae und auch wegen solcher, die auf Sachen gemacht wurden, die nicht mehr in rerum natura sind, z. B. das wiederhergestellte Haus ist abgebrannt. Der m. f. possessor dagegen erhält unbedingt nur die necessariae ersetzt, bedingt auch die utiles, soweit nämlich der Nutzen noch vorhanden ist, si res melior sit. („Non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere".) Bei den voluptuariae hat er nur das jus tollendi[7].

Bei der H. P. ist Beklagter hinsichtlich der Verwendungen günstiger gestellt, als bei der rei vindicatio.

§ 74.

f. Verhältniß der Erbschaftsklage zu den Interessen Dritter.

Dernburg, Ueber das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. Heidelberg 1852. Seuffert Pand. § 581. 582. Arndts § 534. Müller S. 865—866. Vangerow § 508. Vering S. 546—551. Arndts im Rtsl. l. c. S. 229—230. S 235—238.

---

possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione „evicta hereditate legata reddi" . . . Sed quum cessante cautione repetitio datur, periculum est, ne propter inopiam ejus, cui solutum est legatum, nihil repeti possit. Et ideo secundum S. Cti sententiam subveniendum ei est: ut ipse quidem ex retentione rerum hereditariarum sibi satis faciat, cedat autem actionibus petitori, ut suo periculo eas exerceat.

5) L. 36 § 5 D. 5. 3: Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod . . naturalis ratio expostulat . . etiam in praedonibus.

6) L. 37 D. 5. 3: Quodsi sumtum quidem fecit, nihil autem fructuum percepit: aequissimum erit, rationem horum quoque in b. f. possessoribus haberi.

7) L. 38 D. 5. 3: . . in ceteris necessariis et utilibus impensis posse separari, ut b. f. quidem possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius

Digitized by Google

I. Verhältniß der hereditatis petitio zu den Singularklagen. Präjudicialeinrede gegen letztere.

1. Sämmtliche einzelnen Klagen des Erblassers gehen auf den Erben über (cf. § 69 init.). Außerdem hat der Erbe gegen die Besitzer pro herede und pro possessore die H. P. Nun entsteht die Frage: Kann der Erbe gegen einen Besitzer pro herede oder pro possessore auch eine Singularklage erheben? Die Frage ist zu verneinen; der Singularklage steht eine exceptio entgegen (im ältren Recht die praescriptio „si in ea re praejudicium hereditati non fiat“[1]. Der Grund dafür war, eine Umgehung des für Erbschaftsstreitigkeiten allein competenten Centumviralgerichts durch Anstellung der Einzelklagen zu verhüten[2] und den Erbschaftsbesitzer statt mit einer Universalklage nicht mit zahlreichen Singularklagen zu belästigen[3], zumal da die Leistungen des besiegten Beklagten bei der H. P. und den Singularklagen sich unterscheiden, indem sie bei den letztren sich bedeutend höher stellen.

Jene Präjudicial-Einrede findet nun auch jetzt noch Statt. Zunächst hat sie der Besitzer pro herede und der pro possessore. In einem speciellen Falle ist sie indeß auch einem dritten Einzelbesitzer gegeben gegen die Singularklage, die der Erbe gegen ihn erhebt. Er zwingt den Erben durch sie, die H. P. gegen den Erbschaftsbesitzer zu erheben. Es ist dies der schon oben vorgekommene Fall: Wenn Dritte

---

est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum. Non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere . . . potest in eo differentia esse, ut b. f. quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non extet, in quam fecit . . praedo autem non aliter, si res melior sit.

L. 39 § 1 D. eod.: . . Nam praedoni probe dicetur, non debuisse in alienam rem supervacuas impensas facere: ut tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possunt.

1) Gaj. IV. § 133: . . qualis illa erat praescriptio: „Ea Res Agatur, Si In Ea Re Praejudicium Hereditati Non Fiat“, quae nunc in speciem exceptionis deducta est, et locum habet, cum petitor hereditatis alio genere judicii praejudicium hereditati faciat, velut cum res singulas petat. Esset enim iniquum.

2) Const. 12 pr. Cod. 3. 31: Magnitudo . . et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur, per alios tramites viam H. petitionis . . infringi.

3) Cit. l. 13 § 4 D. 5. 3: . . ne singulis judiciis vexaretur . . .

Digitized by Google

Erbschaftssachen vom gutgläubigen Erbschaftsbesitzer entgeltlich erworben haben, auf deren Herausgabe der Erbe sie actione singulari belangt, und ihr auctor, der b. f. possessor, wenn der Erbe ihn belangt hätte (nämlich mit der H. P.), diesem dem Erben weniger würde zu leisten haben, als was er ihnen, nachdem sie in der actio singularis verurtheilt wären, im Regreßwege als Ersatz zu leisten hätte[4] (cit. l. 25 § 17 D. 5. 3 cf. § 72 Nr. II. A. 1. a. i. f.). Hat ein bösgläubiger Erbschaftsbesitzer veräußert, so kann einmal er selbst im Wege der H. P. als fictus possessor verurtheilt werden auf den durch Klägers juramentum in litem zu bestimmenden Werth (cf. § 71 Nr. 5. b.). Jedoch hat der Erbe, nach seiner Wahl, daneben auch die Vindication gegen den Singularsuccessor des m. f. possessor[5]. Der (vor Anstellung der H. P. gegen den fictus possessor) sogleich mit der Vindication belangte verus possessor hat daher hier die Präjudicialeinrede nicht. Durch die Vorausklage gegen den verus possessor wird der bösgläubige fingirte Erbschaftsbesitzer sogar von der Leistung der litis aestimatio frei.

2. Die Präjudicial-Einrede elidirt die Singularklage, wenn die H. P. noch nicht angestellt ist[6]. Ist letztre dagegen anhängig oder auch erledigt, so kann der Einzelbesitzer, post litem de hereditate contestatam, jede Singularklage des Erben, mit Ausnahme der actio confessoria[7], elidiren mit der exceptio rei in judicium deductae, bez. rei judicatae[8], im neuesten Recht an erstrer Stelle mit der der Litispendenz: ne heres rem et pretium sumat (cf. Vering S. 549).

---

4) L. 25 § 17 D. 5. 3: . . puto, posse res vindicari, nisi emtores regressum ad b. f. possessorem habent.

5) L. 13 § 14 D. 5. 3: . . si is, qui dolo desiit, ante conveniatur, eum, qui possidet, non liberabit.

L. 7 D. 6. 1: Si is, qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est, nihilominus a possessore recte fundus petitur.

L. 95 § 9 D. 46. 3: . . si tu, ante conventus, ex praeterito dolo praestiteris, nihil ea res possessori proderit.

6) L. 13 D. 44. 1: Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet, non obstare exceptionem: . . futuri enim judicii, non facti, nomine hujusmodi exceptiones comparatae sunt.

7) L. 19 § 3 D. 5. 3: Servitutes in restitutionem hereditatis non venire, ego didici, quum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus. Sed si non patiatur ire et agere, propria actione (sc. confessoria) convenietur.

8) L. 3 D. 44. 2: Julianus . . exceptionem rei judicatae obstare,

Digitized by Google

3. Die Präjudicialeinrede elidirt ihrer Natur nach nur solche Singular-Klagansprüche des Erben, welche er auch in der H. P. geltend machen kann. Daher findet sie nicht Statt gegen solche Klagansprüche des Erben, welche er zwar auf Grund seines Erbrechts, aber erst nach dem Erbschaftserwerb erwarb. Z. B. gegen die rei vindicatio des Erben, wenn erst er an der betr. Sache eine vom Erblasser begonnene Usucapion vollendet hat[9], oder wenn eine Erbschaftssache post aditam hereditatem entwendet ist. L. 36 § 2 l. 2 § 1 D. 47. 19.

II. Rechtsverhältniß des petitor und des possessor hereditatis zu Dritten.

Kann während des zwischen zwei Erbprätendenten schwebenden Erbschaftsprocesses

A. von Seiten der Prätendenten gegen Dritte,

B. oder von Seiten Dritter gegen die Prätendenten wegen erbschaftlicher Rechtsverhältnisse geklagt werden?

1. Von Seiten der Erbprätendenten gegen Dritte.

a. Actiones in rem. Die streitenden Theile können vor Entscheidung des Rechtsstreits, ein jeder für sich, und zwar beide sogar gleichzeitig, gegen Besitzer von Erbschaftssachen mit einer actio in rem klagend auftreten, sowohl mit der rei vindicatio gegen die ex justa causa Besitzenden — jedoch mit Ausnahme des sub Nr. I. 1 erwähnten speciellen Falles — als auch mit der H. P. gegen andre pro herede vel pro possessore Besitzer[10]. Natürlich muß jeder hier sein Erbrecht beweisen.

---

quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur. Et ideo etsi singulis rebus petitis hereditatem petat, vel contra, exceptione summovebitur.

L. 7 § 4 D. eod.: . . si, hereditate petita, singulas res petat . . exceptione summovebitur. § 5. Idem erit probandum, et si quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat, . . et hic obstabit exceptio. Nam quum hereditatem peto: et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci.

L. 22 § 8 D. 46. 8 L. 27 § 8 D. 2. 14.

9) L. 19 § 1 D. 5. 3: Quodsi pro emtore usucapio ab herede impleta sit, non veniet in H. petitione: quia heres, i. e. petitor, eam vindicare potest, nec ulla exceptio datur possessori.

10) L. 49 D. 5. 3: Si b. f. possessor hereditatis velit cum debitoribus hereditariis, aut qui res hereditarias occupaverint, consistere, audietur, utique si periculum erit, ne inter moras actiones in-

Digitized by Google

b. Actiones in personam. Mit Grund nicht zu bestreiten, vielmehr vollkommen anzuerkennen ist dieser Grundsatz auch bei persönlichen Klagen, vorausgesetzt, daß hier jeder der beiden Erbprätendenten dem Erbschaftsschuldner sein Erbrecht zu beweisen versucht. Etwas ganz Andres ist die gleichsam provisorische, exceptionelle Klage auf vorläufige Eincassirung von Erbschaftsschulden, sowie auf vorläufige Herbeiziehung von Erbschaftssachen, welche von Dritten occupirt sind. Eine solche Klage soll nämlich ausnahmsweise dem b. f. possessor, nicht auch dem m. f. possessor, und eben so wenig dem petitor zustehen: „namentlich wenn Gefahr im Verzuge ist", „utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant", z. B. durch Verjährung der Klage oder durch etwa eintretende Insolvenz des Schuldners. Zu dieser Klage bedarf es nicht des Beweises des Erbrechts des b. f. possessor, sondern nur des Beweises, daß er die Erbschaft besitzt, wobei seine bona fides nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen präsumirt wird. Durch Zahlung, bez. Herausgabe, an diesen b. f. possessor ist dann der Erbschaftsschuldner, bez. Occupant von Erbschaftssachen, als liberirt anzusehen gegenüber dem petitor hereditatis, welcher etwa hernach über den b. f. possessor obsiegt. (Man hat über diesen Punct viel gestritten, cf. Vangerow l. c. S. 414, dabei aber ganz übersehen, daß es sich in L. 49 D. cit. nur um eine provisorische Eincassirung ꝛc. handelt.)

c. Im Allgemeinen. Wenn übrigens beide Erbprätendenten einen Erbschaftsschuldner oder einen Besitzer von Erbschaftssachen belangen, so kann der Beklagte Caution verlangen, daß er nicht wegen desselben Rechtsanspruchs doppelt zu leisten brauche[11].

---

tercidant. Petitor autem hereditatis citra metum exceptionis in rem agere poterit. Quid enim si possessor hereditatis negligat? quid si nihil juris habere se sciat?

Cit. l. 25 § 17 D. 5. 3.

11) L. 57 D. 5. 3: Quum idem eandem hereditatem adversus duos defendit et secundum alterum ex his judicatum est: quaeri solet, utrum perinde ei hereditatem restitui oporteat.., an, quia possit et secundum alium judicari, non aliter restituere debeat, quam si cautum ei fuerit, quod adversus alium eandem hereditatem defendet? Sed melius est, officio judicis cautione vel satisdatione victo mederi, quum et res salva sit ei, qui in exsecutione tardior venit adversus priorem victorem.

L. 57 D. 6. 1.

Digitized by Google

2. Von Seiten Dritter gegen die Erbprätendenten.

Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer können während eines Erbschaftsstreites gegen den possessor, wie gegen den petitor hereditatis klagend auftreten[12].

a. Die Vermächtnißnehmer können, gegen Caution für Rückgabe, von der einen oder anderen Partei während des Streits Befriedigung verlangen[13].

b. Erbschaftsgläubiger können,

α. wenn sie bestimmte Sachen, die sich in der Erbschaft in natura vorfinden, zu fordern haben, gegen den Besitzer der Erbschaft klagen[14].

β. Andre Schuldklagen können sie gegen den Kläger oder Beklagten erheben[15]. Dringen sie durch und werden sie befriedigt von dem ihnen condemnirten possessor und siegt hierauf der petitor über den possessor, so hat der possessor wegen des an die Erbschaftsgläubiger Ausgezahlten ein Retentionsrecht an der ganzen Erbschaft. Werden sie befriedigt von dem ihnen condemnirten petitor und siegt hierauf der possessor über den petitor, so hat ihn auf seinen Antrag schon der Richter des Erbschaftsstreits in dem ihn abweisenden Erkenntniß dieser seiner Auslagen wegen zu berücksichtigen. Ist dies unter-

---

12) L. 4 § 1 D. 35. 3: Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte, quod ejusdem nominis sint, tam in possessorem, quam in petitorem competunt actiones et creditoribus et legatariis.

L. 3 § 6—10 D. eod.

13) Const. 12 pr. Cod. 3. 31: . . Sancimus, si quis . . ex fideicommisso . . inquietare vel reum vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarium . ., rem expeditae quaestionis esse, quum possit scriptus heres cautione interposita non differre hanc petitionem, sed recte exigi . . fideicommissum sub ea cautela vel satisdatione, pro qualitate personarum, quod, si non obtinuerit ejus jura, restituet legatarius . . ei datam pecuniam cum usuris ex quarta centesimae parte currentibus . .; vel, si ipse (legatarius) maluerit, litem quidem contestari, exspectare autem H. Pionis eventum, liceat facere.

14) Const. 12 § 1 init. Cod. 3. 31: Sin autem ex contractibus defuncti agatur contra possessorem hereditatis vel ejus rei, de qua agitur, si quidem res sint vel depositae vel commodatae vel pignori datae, vel aliae quae extant: non differri sub praetextu H. Pionis memoratum judicium . . .

15) Cit. const. 12 Cod.: . . quemadmodum si pro foenerata pecunia vel alia personali actione agatur contra possessorem et petitorem.

Digitized by Google

blieben, so kann er vom possessor Entschädigung fordern mit einer actio negotiorum gestorum oder mit einer condictio ex lege ultima § 1 Cod. 3. 31[16].

§ 75.

2. Interdictum quorum bonorum.

Dig. Quorum bonorum (43. 2). Cod. Quorum bonorum (8. 2).

Savigny, Ueber das Interdictum quorum bonorum in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. Bd. V. 1. VI. 3. Ders. verm. Schriften. Bd. II. S. 216 ff. S. 291 ff. Thibaut Ueber das Interdictum quorum bonorum, im civil. Arch. Bd. X. Nr. 23. Löhr, Interdictum quorum bonorum, im Magaz. für Rswiss. u. Gesetzgebg. Bd. IV. Nr. 24. und im civil. Arch. Bd. XII. Nr. 6. Geran, Ueber practische Anwendung der possessorischen Erbschaftsklagen des Römischen Rechts in namentlicher Beziehung auf zwei vorgekommene Rechtsfälle, in der Gleß. Zeitschr. Bd. XX. Nr. 7. Arndts Beitr. I. S. 88 ff. Fabricius l. c. § 69. Francke Rotherbenrecht. S. 97 ff. Roßhirt testam. Erbr. Bd. II. § 128. Leist, Bonorum possessio I. § 48 ff. II. 2. § 142 ff. § 156. § 190 ff. Hingst, Comment. de B. Pione. p. 230 sq. Stripplemann Entscheidg. d. O. A. G. zu Cassel. Bd. VI. S. 129 ff. Seuffert's Archiv II. Nr. 77. III. Nr. 279. 280. VII. Nr. 71. Arndts § 535. Puchta § 519. Brinz § 164. Sintenis § 193. Böcking Erbr. III. B. § 103. Göschen § 988. Müller S. 710. S. 867—868. Vangerow § 509. Bering S. 583—588. Keller § 548. Arndts im Rtsl. Bd. 5. S. 615—620

Neben den petitorischen Rechtsmitteln des § 69 stehen dem Erben folgende possessorische zu Gebote:

I. Das Interdictum quorum bonorum.

II. Das Remedium ex lege ultima Codicis de Edicto D. Hadriani tollendo (cf. § 76).

Das nach seinen Anfangsworten im Edict des Prätors benannte interdictum Quorum bonorum[1] (cf. § 3 i. f.) ist ein interdictum adipiscendae possessionis[2]. Der

---

16) Const. 12 § 1 med. Cod. cit.: Postquam . . . H. Pionis judicium finem accipiat: tunc inter petitorem hereditatis et possessorem rationibus contractis, non aliter possessor . . victus . . hereditatem restitui compellitur, nisi pro omnibus . . petitor ei satisfaciat. Quodsi petitor victus fuerit, simili modo a possessore . . ei satisfiat.

1) L. 1 pr. D. 43. 2: Ait praetor: „Quorum bonorum ex Edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas".

Gaj. IV. § 144.

2) L. 1 § 1 D. h. t.: Hoc interdictum restitutorium est, et ad universitatem bonorum, non ad singulas res, pertinet, et appellatur „Quorum bonorum", et est adipiscendae possessionis universorum bonorum.

Digitized by Google

Prätor schuf es als Schutzmittel für den von ihm zur Erbschaft gerufenen Bonorum possessor. Für diesen war es ursprünglich die einzige Rechtshülfe; indem die H. P. nur dem heres zustand. Im ältren Recht gewährte es dem B. Por zugleich die Vortheile des alten Interdictenprocesses.

A. Klagberechtigt ist derjenige, welcher B. P. agnoscirt und erhalten hat und dadurch prätorischer Erbe geworden ist. Cit. l. 1 pr. D. h. t. cit. § 3 I. 4. 15. Auch der heres kann sich des Interdicts zwar bedienen, jedoch nur, nachdem er die B. P., zu der er berechtigt ist, agnoscirt hat[3] (cf. § 3 Nr. C. 2). Auch für das Justinianische Recht läßt sich schwerlich eine Aendrung nachweisen. Zwar beruft man sich zu diesem Zwecke auf ein Rescript des Septimius Severus[4]. Allein es ergiebt sich aus dem Vordersatze quamvis.. agnovisti, daß die B. P. contra tabulas wirklich agnoscirt war. In den Schlußworten kann daher der Kaiser nur von einem Sohne reden, welcher entweder als suus zur hereditas und zur B. P., oder als emancipatus nur zur letztren berufen war (cf. Vangerow S. 425. Arndts im Rtsl. Bd. 5 S. 616).

B. Beklagter ist derjenige, welcher zur Erbschaft gehörige Sachen oder die ganze Erbschaft pro herede vel pro possessore besitzt, ingleichen derjenige, qui dolo desiit possidere[5]; cit. l. 1 pr. D. h. t.

---

§ 3 I. 4. 15: Adipiscendae poss. causa interdictum accommodatur B. Pori, quod appellatur „quorum bonorum". Ejusque vis ac potestas haec est, ut, quod ex iis bonis quisque, quorum alicui possessio data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui B. P. data est, restituere debeat.. Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem. Itaque si quis, adeptus rei possessionem, amiserit eam: hoc interdictum ei inutile est.

3) Gaj. III. § 34: .. item ab intestato heredes suos et agnatos ad B. Pionem vocat. Quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita B. Pionem petit, interdicto, cujus principium est „Quorum bonorum", uti potest.

4) Const. 1 Cod. 8. 2: .. Quamvis .. B. Pionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto Q. B. non aliter possessor constitui poteris, quam si, te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel B. Pionem admissum, probaveris.

5) Const. 3 Cod. 8. 2: .. dolove malo fecerint, quo magis desierint possidere, tibi rector .. restitui efficiet.

Digitized by Google

C. Gegenstand. Das Interdict ist beschränkter, als die H. P. Es geht blos auf Besitzerlangung der körperlichen Erbschaftssachen, nicht auf Beitreibung von Schulden oder Surrogaten[6].

Manche leugnen diese Beschränkung wegen l. 1 § 1 D. h. t.: „hoc interdictum ad universitatem bonorum, non ad singulas res, pertinet". Allein l. 2 D. cit. spricht sich zu entschieden aus und dem entsprechend bezeichnet auch const. 3 Cod. h. t. Anm. 8 cit. den Erfolg des Interdicts dahin: „ut in petitorem corpora transferantur". Jenen Ausdruck in l. 1 § 1 D. cit. muß man nur auf die Gesammtmasse der zur Erbschaft gehörigen im Besitz des Beklagten befindlichen körperlichen Sachen beziehen (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 617).

D. Beweis. Kläger hat nicht blos die formell erhaltene B. P., sondern auch sein Recht zur B. P. darzuthun[7].

E. Die Wirkung des Interdicts ist die Restitution der gesammten vom Beklagten besessenen Erbschaftssachen, resp. Ersatz in den Fällen der ficta possessio. Und zwar kann Kläger auch die Sachen beanspruchen, deren Eigenthum zwar Beklagter sich aus irgend einem speciellen Erwerbsgrunde beilegt, die Erblasser aber bis zu seinem Tode besessen hat und die dann vom Beklagten in Besitz genommen sind. Dieser mag dieselben nach zuvoriger Herausgabe vindiciren[8]. Auch die vollendete usucapio pro herede an einzelnen Erbschaftssachen befreit nicht von deren Herausgabe. Wie bei der H. P. das S. C. Juventianum (cf. § 72 Nr. II. A. 1. a.), so verordnete hier dies ein besondrer Zusatz in der Interdictsformel[9] (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 618).

Bei der Dürftigkeit quellenmäßiger Aufschlüsse ist das Verhältniß des Interdicts zur H. P. sehr bestritten (cf. die cit. Schriftsteller, besonders Savigny l. c. Arndts im Rtls. l. c. S. 615—620. Vangerow S. 420—425).

---

6) L. 2 D. 34. 2: Interdicto Q. B. debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.

7) Cit. const. 1 i. f. Cod. h. t. (Anm. 4).

8) Const. 3 Cod. h. t.: . . Omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur, secunda proprietatis actione non exclusa.

9) L. 1 pr. D. h. t.: . . possideresve, si nihil usucaptum esset . . .

Digitized by Google

Im ältren Recht unterschied es sich von der H. P.

a. dadurch, daß es das einzige Rechtsmittel des B. Por war. Neben dem Interdict bekam der B. Por im spätren Recht auch die H. P. possessoria (cf. § 3);

b. dadurch, daß es dem nudus heres nicht zustand;

c. durch den Vortheil, daß es eine usucapio durchbrach; indem nämlich vor dem S. C. Juventianum bei der H. P. ein Gleiches nicht der Fall war. Der H. P. gewährte das S. C. Juventianum den gleichen Vortheil (cf. § 72 Nr. A. 1. a.);

d. dadurch, daß es nur auf corpora ging;

e. durch die Vortheile des alten Interdictenprocesses.

Im neuesten Römischen Recht ist der alte Interdictenproceß untergegangen[10].

Das interdictum quorum bonorum hat daher nun seine Bedeutung verloren und unterscheidet sich von der H. P. im Wesentlichen, nämlich bis auf b und d, nur dem Namen nach.

Das Deutsche Gewohnheitsrecht aber machte aus diesem Interdicte ein provisorisches summarisches Rechtsmittel, dessen sich der Intestat- und Vertrags-Erbe (für den Testaments-Erben giebt es ein anderes Rechtsmittel cf. § 76 i. f.) bedienen kann, um Erbschaftssachen dem Besitzer abzufordern, wenn er sein Erbrecht nur bis zur Wahrscheinlichkeit nachweist, und der Besitzer nicht ein beßres Erbrecht sofort wahrscheinlich macht. Illiquide Einwendungen werden nicht gehört. Wer so das beßre Erbrecht wahrscheinlich gemacht hat, erlangt den vorläufigen Besitz. Glaubt der Andre, der wahre Erbe zu sein, so mag er nun gegen den Sieger mit der H. P. auftreten.

§ 76.

3. Missio scripti heredis in possessionem.

Cod. de Edicto divi Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur (6. 33). Cod. ubi de hereditate agatur vel ubi heredes scripti in possessionem mitti postulare debeant (3. 20).

---

10) § 8 I. 4. 15: De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia), non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Digitized by Google

Cujacius ad Cod. VI. tit. 33 (opp. IX. pag. 791 sq.). Mascovius ad l. ult. Cod. de Ed. D. H. toll. (in opusc. I. 3). Löhr, Ueber die const. 3 Cod. 6. 33 in der Gießner Zeitschr. Bd. VI. Nr. 9. Sintenis, Capita selecta ex jure civ. Giess. 1840. cap. 1. Bachofen, Missio ex edicto Hadriani in deff. Pfandrecht. I. S. 365 ff. Savigny in d. Zeitschr. für gesch. Rechtswiss. Bd. 6 S. 233 ff. Gerau s. § 75. Leist B. P. II. S. 463 ff. Strippelmann Entsch. des O. A. G. zu Cassel. Bd. VI. S. 111 ff. Seuffert's Archiv. Bd. II. Nr. 75. 76. III. Nr. 281—286. VI. Nr. 229. Arndts § 535. Puchta § 520. Brinz § 165. Sintenis § 193. Böcking Erbr. III. B. § 86. Seuffert § 583. Göschen § 952. Müller S. 867—868. Vangerow § 510. Vering S. 630—631. Keller § 553.

Wer in einem äußerlich (prima figura) fehlerfreien Testamente instituirt war (scriptus heres) konnte dasselbe dem Prätor vorlegen und bitten, vorläufig in den Besitz der Erbschaft gesetzt zu werden. Behuf schnellerer Beitreibung der Erbschaftssteuer (vicesima hereditatum) hatte ein Edict Hadrian's dies Verfahren angeordnet, aber mit drei Beschränkungen:

a. Petent hat sofort die Erbschaftssteuer zu entrichten.

b. Das Testament muß gehörig publicirt und

c. innerhalb eines Jahres nach dem Tode des Erblassers producirt sein[1].

Da mit dem Wegfall der Erbschaftssteuer die Hadrianische Mission ihre Bedeutung verloren hatte, so hob Justinian das Edict selbst auf, ließ jedoch das darauf gegründete Rechtsmittel unverändert fortbestehen, nachdem er die angeführten Beschränkungen aufgehoben hatte. Daher nennt man jetzt das ganze Verfahren remedium ex lege ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo[2].

A. Voraussetzung für dies Rechtsmittel ist daß ein geschriebenes Testament ohne vitium visibile, ein testamentum prima figura seu facie justum, producirt wird. Fehlt z. B. eine subscriptio testis, oder ist in der Urkunde ein Riß vorhanden, so ist das ein vitium visibile, das Testament ist äußerlich nicht tadelfrei. Innere

1) Paul. S. 3. 5 § 14—18. 4. 6 § 3 cf. const. 3 Cod. 6. 33 (Anm. 2).

2) Const. 3 Cod. h. t.: Edicto D. Hadriani, quod sub occasione vicesimae hereditatum introductum est, . . quiescente, quia et vicesima hereditatis ex nostra recessit republica . . sancimus, ut, si quis ex asse vel ex parte institutus competenti judici testamentum ostenderit, non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod prima figura sine omni vituperatione appareat, et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur; et eam testificatione publicarum personarum accipiat.

Digitized by Google

Mängel dagegen, z. B. ob testamenti factio activa vorhanden, ob Notherben verletzt wurden, ob das producirte Testament ein unterschobenes ist, bleiben unberücksichtigt[3] (cf. Nr. C. i. f.).

B. An Jahresfrist nach dem Tode des Erblassers, sowie an eine sonstige Frist, ist der scriptus heres nicht gebunden[4].

C. Treten gegen ein solches producirtes Testament Contradictoren auf, die Anspruch auf den Besitz und Einspruch gegen die missio erheben[5], so soll eine summarische Verhandlung, Cognition und Entscheidung eintreten. Nach den Grundsätzen über Rechtsmittel sind gegen das dem Petitum deferirende Decret, welches also die Immission verfügt, Rechtsmittel nicht zulässig[6]. In diesem Verfahren sind nur folgende Einwendungen gestattet:

1. Der contradictor kann ebenfalls ein äußerlich fehlerfreies Testament produciren, entweder ein gleich altes oder ein jüngeres. In beiden Fällen siegt Impetrant nicht, erstren Falls nach der Regel: „in pari causa beati possidentes".

2. Die Production eines Erbvertrags.

3. Wer titulo singulari besitzt, z. B. weil er die Erbschaft gekauft, oder geschenkt erhalten hat, sei es vom Erblasser oder von einem Dritten: gegen den findet das remedium nicht Statt; const. 3 init. Cod. cit. verbis: „non autem legitimo modo ab alio detinentur". Gegen ihn würde nur eine Singularklage Statt finden (cf. § 74).

---

3) Const. 2 Cod. eod.: Quamvis quis se filium defuncti praeteritum esse alleget, aut falsum vel inofficiosum testamentum seu alio vitio subjectum, vel servus defunctus esse dicatur: tamen scriptus heres in possessionem mitti solet.

4) Const. 3 med. Cod. cit.: Nullis angustiis temporum hujusmodi missione coarctanda . . . Sive enim post annale tempus, sive post majoris aevi curricula aliquis fuerit missus . . nullum ei temporis obstaculum objiciatur . . .

5) Const. 3 med. Cod. cit.: Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tunc in judicio competente causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur: et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit.

6) L. 7 pr. D. 49. 5: Si res dilationem non recipiat, non permittitur appellare, veluti ne testamentum aperiatur, . . neve scriptus heres in poss. inducatur.

Const. 6 Cod. 7. 65.

Digitized by Google

4. Die Einrede der Verjährung der H. P. des scriptus heres oder der vollendeten Ersitzung von Seiten des Angegriffenen[7].

Mit allen übrigen Einwendungen wird Beklagter zum petitorischen Verfahren verwiesen.

D. Die Wirkung des remedii ist, daß Impetrant in den Besitz aller beim Tode des Erblassers in dessen Besitze befindlich gewesener körperlicher Sachen gesetzt wird; const. 3 init. cit. Er hat bloße detentio et custodia, Innehabungs- und Bewahrungsrecht, nicht dagegen juristischen Besitz, d. i. die possessorischen Rechtsmittel; auch hat er nicht Usucapionsbesitz. Wohl aber hat er denjenigen Besitz, der für die H. P. die Rolle des Beklagten entscheidet.

Der scriptus heres immissus hat den Vortheil, die Erhebung der H. P. von Seiten andrer Erbprätendenten nunmehr erwarten zu können. Das remedium nützt ihm besonders dann, wenn das Testament, in welchem er eingesetzt ist, in weitaussehenden Processen ungewissen Ausgangs wegen angeblicher innerer Mängel angefochten wird. Während dieser Processe ist er ungestört im Besitz und Genuß der Erbschaft.

In der heutigen Praxis hat das remedium als provisorisches summarisches Rechtsmittel bei testamentarischer Succession denselben Character, wie das interdictum quorum bonorum für andre Erben. (Beide werden wohl durch den Ausdruck „gerichtlicher Einsatz", d. i. immissio, bezeichnet; cf. Arndts § 535 Anm. 2.)

4. Vorläufige Immissionen.

§ 77.

a. Bonorum possessio ex Carboniano edicto.

Dig. de Carboniano edicto (37. 10). Cod. de Carboniano edicto (6. 17).

Löhr im Magazin Bd. II. S. 451 ff. Bd. IV. S. 436 ff. Foerster, De B. Pione contra tabulas. p. 202 sq. Bachofen, Missio ex Carb. Edicto in s. Pfandrecht. S. 334 ff. Altmann, Dissert. de B. Pione ex ed. Carb. Vratislaviae 1855. Hingst, Comment. de

---

7) Const. 3 i. f. Cod. cit.: Nullum ei temporis obstaculum objiciatur, nisi tantum temporis effluxerit, quod possit vel possessor plenissime super dominio praestare, vel ipsi qui missus est, omnem intentionem excludere. Si enim vel ex una parte vel ex utroque latere temporis prolixitas occurrerit, manifestum est, non solum missionem, sed etiam principalem causam esse sopitam.

Digitized by Google

B. P. p. 153 sq. Leist B. P. II. 1. S. 98 ff. II. 2. S. 341 ff. Arndts § 537. Puchta § 520. Brinz § 204. Sintenis § 194. Böcking Erbr. III. B. § 84. Göschen § 953. Müller S. 835. Vangerow § 512. Vering S. 626—628. Keller § 550.

In vier einzelnen Fällen wird ein Erbprätendent in den vorläufigen Besitz und Genuß der Erbschaft gesetzt, nämlich stets unter Umständen, wo die Frage, ob er zur Erbfolge gelangen werde, noch von ungewissen künftigen Thatsachen abhängt (cf. § 69 Nr. I.). Einer dieser Fälle ist die B. P. ex Carboniano edicto:

Hinterläßt der Erblasser einen unmündigen Descendenten, dem sein status (seine Kindschaft) und damit sein Erbrecht bestritten wird, so wird dieser für die ganze Lebenszeit des Kindes so entscheidende Proceß bis zu dessen Pubertät hinausgeschoben und dem Kinde auf Antrag der Vormünder ex Carboniano edicto durch prätorisches Decret interimistisch B. P. ertheilt[1].

1. Berechtigt ist jeder notherbberechtigte Descendent des Erblassers[2].

2. Das Gesuch muß innerhalb eines Jahres nach des Erblassers Tode gestellt werden[3]. Die Ertheilung setzt stets causae cognitio voraus[4]:

a. ob die Erbansprüche des Unmündigen nicht offenbar grundlos sind. Im Zweifel soll jedoch zu Gunsten des Kindes entschieden werden[5];

---

1) L. 1 pr. D. 37. 10: Si cui controversia fiet, an inter liberos sit et impubes sit: causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.

L. 3 § 6 D. eod.: Si mater impuberis, subjecti partus rea postulata, causam obtinuerit, poterit adhuc superesse status quaestio; utputa si dicatur „aut non esse ex ipso defuncto conceptus, aut ex ipso quidem, sed non ex matrimonio editus".

L. 6 § 3 D. eod.: Ita demum huic Edicto locus est, si status et hereditatis controversia sit.

2) L. 1 § 3 D. h. t.: . . his demum Carbonianum competere, quibus contra tabulas B. P. competit.

L. 3 pr. D. eod.: Carbonianum edictum aptatum est ad contra tabulas B. Pionem et intestati, quum et in secundum tabulas in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum; veluti si paterfamilias ita instituerit: „postumus heres esto", . . et negetur esse verum, quod in testamento scriptum est.

3) L. 3 § 14 D. 37. 10: Haec . . possessio intra annum datur . . .

4) Cit. l. 1 pr. D. verb: causa cognita.

5) L. 3 § 4 D. h. t.: Causae cognitio in eo vertitur, ut, si mani-

Digitized by Google

b. ob die Verschiebung des Rechtsstreits bis zur Mündigkeit dem Kinde nicht unvortheilhaft ist[6].

3. Hat der impubes die B. P. Carboniana erlangt, so wird er damit noch nicht als Erbe anerkannt. Er bekommt nur Alimente, die er jedoch nicht zu restituiren braucht, falls im spätren Proceß die Kindschaft ihm abgeurtheilt wird[7].

Wenn Bürgen gestellt werden, so wird auch ausschließlicher Besitz nebst Verwaltung der Erbschaft den Vormündern gegeben[8]. Leistet der impubes keine satisdatio, so wird seinen Gegnern Mitbesitz und, wenn sie Sicherheit leisten, auch die Verwaltung eingeräumt[9].

---

festa calumnia appareret eorum, qui infantibus B. Pionem peterent, non daretur B. P. Summatim . . debet Praetor cognoscere. Et si quidem absolutam causam invenerit, evidenterque probatur filium non esse, negare ei B. Pionem Carbon. Si vero ambiguam causam, hoc est, vel modicum pro puero facientem, ut non videatur evidenter filius non esse: dabit ei Carb. B. Pionem.

6) L. 3 § 5 D. 37. 10: . . . Divus etiam Hadrianus ita rescripsit: „Quod in tempus pubertatis res differri solet, pupillorum causa fit, ne de statu periclitentur, antequam se tueri possint. Ceterum si idoneos habeant, a quibus defendantur, et tam expeditam causam, ut ipsorum intersit, **mature** de ea judicari, et tutores eorum judicio experiri volunt: non debet **adversus** pupillos observari, quod **pro** ipsis excogitatum est, et pendere status eorum, quum jam possit indubitatus esse".

7) L. 5 § 3 D. 37. 10: Et si quidem satis impubes dedit . . deminuet vescendi causa; et hoc minus restituet hereditatis petitori. Quodsi satisdare non potuit et aliter alere se videtur non posse, deminuendi causa usque ad id, quod alimentis ejus necessarium est, mittendus est.

8) L. 15 D. h. t.: Haec B. P., si satis datum sit, non tantum ad possessionem adipiscendam, sed et ad res persequendas et debitum exigendum et collationem bonorum et dotis et omnium, quae conferri diximus, prodest.

9) L. 1 § 1 D. h. t.: Eum, qui controversiam facit, si pro pupillo satis ei non detur, simul in possessionem eorum bonorum esse (mittendum) Praetor jubet.

L. 5 § 2 D. eod.: Quoties impubes satis non dat, mittitur in poss. adversarius ejus, sive satis det, sive non det. Si velit adversarius sibi committi administrationem, satis dare debet pupillo. Ceterum si satis non det, curator debet constitui, per quem bona administrentur. Adversarius autem, si satis dederit, res, quae tempore perituraе, aut deteriores futurae sint, distrahere debet. Item a debitoribus exigere potest. Cetera cum pupillo possidebit.

Digitized by Google

Leistet niemand Caution, so wird von Gerichts wegen ein Curator für Verwaltung der Erbschaft bestellt[10].

4. Wenn der impubes Caution gestellt hat, so gilt er als Beklagter im künftigen Erbschaftsstreite. Leistet er keine, adversario satis offerente: so muß er als petitor auftreten. Auch später noch, wenn er nach erreichter Pubertät die Caution stellt, kann er diesen Vortheil genießen[11].

5. Mitdescendenten gegenüber erhält der Unmündige niemals ausschließlichen Besitz, auch wenn er cavirt, sondern nur Mitbesitz[12].

§ 78.

b. Missio in possessionem ventris nomine.

Dig. de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus (37. 9). Dig. si ventris nomine mulierе in possessionem missa eadem dolo malo ad alium translata esse dicatur (25. 5). Dig. si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicatur (25. 6). Dig. de inspiciendo ventre (25. 4).

Foerster, De B. P. liber. praeterit. contra tabulas parentum. p. 242 sq. Bachofen, Missio in possessionem ventris nomine in s. Pfandrecht S. 328 ff. Hingst, B. P. p. 152. Leist, B. P. II. 1. S. 90 ff. II. 2. S. 341 ff. Arndts § 536. Puchta § 520. Brinz § 204. Sintenis § 194. Böcking Erbr. III. B. § 85. Mühlenbruch-Glück Bd. 28 S. 330 ff. Göschen § 955. Müller S. 834. Vangerow § 511. Bering S. 629—630. Keller § 552.

Wenn beim Tode des Erblassers der Erbe, sei er der Intestat- oder der Testaments-Erbe, sich als embryo im Leibe seiner Mutter befindet, so soll diese Mutter zu ihrer Alimentirung in den Besitz der Erbgüter gesetzt werden.

1. Der ungeborene Intestaterbe, bez. dessen Mutter, ist jedoch nur dann zu dieser Immission berechtigt, wenn er Erbe erster Classe ist,

---

10) Cit. l. 5 § 2 D. h. t. L. 5 § 5 D. eod.: Quum autem in satisdatione et pupillus et adversarius ejus cessant, curator constituendus est, qui bona administret.

11) L. 6 § 6 D. h. t.: Quaeritur: post pubertatem an actoris partes sustinere debeat, qui ex Carb. missus est in possessionem? Et responsum est, rei partes eum sustinere debere, maxime si cavit. Sed et si non caveat, si nunc paratus sit cavere, quasi possessor conveniendus est. Quodsi nunc non caveat, possessio transfertur, adversario satis offerente, perinde atque si nunc primum ab eo peteretur hereditas.

12) L. 5 pr. D. 37. 10: Sed si is, qui controversiam impuberi facit, ex liberis sit, eveniet, ut, sive caveat hic, cui status fit controversia, sive non caveat, attamen simul sit in possessione.

Digitized by Google

also Descendent[1]. Der Testamentserbe nur dann, wenn die Mutter der Alimente bedarf[2]. Voraussetzung ist also, daß der Embryo, wäre er jetzt schon geboren, erbberechtigt sein würde[3]. Im alten Recht konnte man selbst sein noch nicht geborenes Kind enterben. Also war ein enterbter Embryo, bez. dessen Mutter, von der Immission ausgeschlossen[4]. Nach Novelle 115 ist dies nicht mehr möglich (cf. Notherbfolge). Uebrigens genügte prätorische Erbberechtigung. Also war z. B. das noch nicht geborene Kind eines vorverstorbenen emancipirten Sohnes des Erblassers zur missio berechtigt[5].

Da alle Descendenten nach Novelle 115 zugleich Notherben sind (mit Ausnahme jener, welche durch einen noch lebenden Ascendenten als Mittelsperson zwischen sich und dem Erblasser von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sind): so wird allen Descendenten (mit gleicher Ausnahme) die missio gewährt, selbst gegen ein vorhandenes Testament[6].

Ist ein Embryo, dessen Abstammung vom Erblasser bestritten ist, nur möglicherweise aus seinem Blute gezeugt, so wird ihm die missio ertheilt[7].

---

1) L. 1 pr. init. D. 37. 9: Sicuti liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit: ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit . . .

2) L. 6 D. h. t.: Extraneo postumo herede instituto, non aliter venter in p. mittitur, nisi mater aliunde se alere non possit; ne forte ei, qui natus B. Por futurus est, denegasse alimenta videamur.

3) L. 7 pr. D. eod.: Ubicunque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur: scilicet si talis fuerit is, qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, B. Pionem petere possit; ut in omnibus partibus Edicti pro superstite habeatur is, qui in utero est.

L. 10 D. eod.: . . ventrem Praetor ex omnibus Edicti partibus mittit in poss.; non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset B. Pionem.

4) L. 1 § 2 init. D. 37. 9: Toties mittitur in poss. venter, si non est exheredatus et id, quod in utero erit, inter suos heredes futurum est.

5) L. 1 § 11 D. eod.: Etiam ex emancipato venter ad poss. admittitur.

6) L. 1 pr. i. f. D. eod.: . . ventrem mittit in poss: vice contra tabulas B. Pionis.

7) L. 1 § 2 med. D. eod.: . . incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo, qui editur, suus futurus sit, ventrem mittemus. Aequius enim est, vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.

Digitized by Google

2. Immer soll eine causae cognitio vorangehen, wenn entweder die Schwangerschaft oder die Erbenqualität des Kindes bestritten ist[8]. Dabei soll im Zweifel zu Gunsten der Mutter entschieden werden. Auf Verlangen der Gegner muß die Mutter sich einer strengen ventris inspectio unterwerfen[9].

3. Durch die missio bekommt die Mutter nur die Detention. Zur einstweiligen Verwaltung der Erbschaft und zur Fürsorge für den nasciturus wird diesem ein curator ventris nomine bestellt, der der Frau aus dem Nachlasse auch die nöthigen Alimente verabreichen muß[10].

4. Die missio dauert so lange, bis entweder ein Kind geboren ist, oder die Schwangere abortirt, oder es sich zeigt, daß die angebliche Schwangerschaft gar nicht vorhanden war[11]. So lange wird auch nachstehenden Erben nicht deferirt. Miterben des postumus können inzwischen antreten. Nur sollen wegen der Möglichkeit, daß Drillinge zur Welt kommen, für die Leibesfrucht drei Theile reservirt werden. Cit. l. 30 § 2 l. 84 D. 29. 2 L. 3 D. 5. 4 (cf. § 70 Anm. 10).

5. Zeigt es sich, daß die Frau nicht schwanger war, so kommt es drauf an, ob sie bona fide oder arglistig die Schwangerschaft erklärte. Im erstren Falle hat sie die erhaltenen Alimente nicht zu erstatten[12].

---

8) L. 1 § 14 D. h. t.: Si ea, quae in poss. vult ire, uxor negetur vel nurus vel esse vel fuisse vel ex eo praegnans non esse contendatur: decretum interponit Praetor ad exemplum Carb. Edicti. Et ita rescripsit, ut summatim de re cognosceret..

L. 7 § 1 D. eod.: . . sed cum causae cognitione mitti venter in poss. debet . . .

9) Tit. Dig. de ventre inspiciendo (25. 4).

10) L. 1 § 17 D. 37. 9: Quoties autem venter in possessionem mittitur, solet mulier curatorem ventri petere, solet et bonis. Sed si quidem tantum ventri curator datus sit, creditoribus permittendum, in custodia bonorum esse. Si vero non tantum ventri, sed etiam bonis curator datus est, possunt esse securi creditores, quum periculum ad curatorem pertineat. § 19: . . . et in hanc rem curator constituendus est, qui cibum . . vestitum . . mulieri praestet, pro facultatibus defuncti et pro dignitate ejus et mulieris. § 22. Ita igitur curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores et tutores pupillorum. § 23—26.

11) L. 1 § 27 D. 37. 9: Tamdiu . . venter in poss. esse debet, quamdiu aut pariat, aut abortum faciat, aut certum sit, eam non esse praegnantem. Cit. l. 1 § 8 D. 38. 8 L. 30 § 1 D. 29. 2 (cf. § 78).

12) L. 3 D. 37. 9: Sumtus autem ab ea facti bona fide non repetuntur.

Digitized by Google

Im letztren Falle muß sie Entschädigung leisten[13]. Der wirkliche Erbe hat ein Jahr lang eine actio in factum auf vollen Schadensersatz[14], eine andere Klage 30 Jahre lang, wenn sie wissentlich Erbschaftssachen auf Dritte übertrug[15].

§ 79.

c. Bonorum possessio furiosi nomine.

Dig. de B. Pione furioso, infanti, muto, surdo, coeco competente (37. 3). Cod. de curatore furiosi vel prodigi (5. 70).

Rotermund, De successione furioso delata. Gött. 1825. Bachofen, Missio furiosi nomine in s. Pfandrecht. S. 353 ff. Löhr in s. Magaz. Bd. III. S. 59 ff., im civil. Arch. Bd. V. S. 116 ff., in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. IV. S. 252 ff. Fritz das. Bd. IV. S. 157. Wangerow im civil. Arch. Bd. XXX. Nr. 1. Fabricius, Ursprg u. Entwickl der B. P. S. 165 ff. Leist, B. P. II. 2. S. 315 ff. Seuffert's Archiv. Bd. VII. Nr. 69. Arndts § 538. Puchta § 520. Brinz § 204. Sintenis § 194. Böcking Grdr. III. B. § 83. Mühlenbruch-Glück Bd. 42 S. 445 ff. Göschen § 954. Wangerow § 511. Vering S. 625—626. Keller § 551.

Der furiosus suus erwirbt ipso jure des Vaters Erbschaft[1], wie wenn er sanae mentis wäre, weil es auf Willenserklärung nicht ankommt. Der Curator kann aber abstiniren.

Der furiosus extraneus dagegen, dem eine Erbschaft deferirt ist, kann dieselbe nicht antreten. Zwar konnte für den Delaten ein Administrator, überhaupt jeder Dritte, und deshalb auch sein etwaiger Curator, eine B. P. nachsuchen (cf. § 52 Nr. III. 2. i. f.). Allein ein Erbrecht gab dies nur, wenn der Delat ratihabirte und zwar innerhalb der gesetzlichen Frist, in der die B. P. nachgesucht werden muß d. h. in 100 Tagen, resp. in einem Jahre[2]. Bei einem furiosus nahm man an,

---

13) L. 1 § 28 D. eod.: Et si sciens prudensque se praegnantem non esse, consumserit, de suo eam id consumsisse Labeo ait.

14) L. 1 § 1. 2. 3. 8. 9 D. 25. 6.

15) L. 1 pr. § 3. 4 D. 25. 5.

1) Const. 7 Cod. 5. 70: Sin vero perpetuo furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juris veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres existat suis parentibus.

2) L. 3 § 7 D. 37. 1: Acquirere quis B. Pionem potest vel per semetipsum, vel per alium. Quodsi, me non mandante, B. P. mihi petita sit, tunc competet, quum ratum habuero id, quod actum est. Denique, si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competat B. P., quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat jus B. Pionis.

Digitized by Google

daß ihm, so lange er furiosus war, diese Frist gar nicht laufen könne. Sie wird vom Momente der Wissenschaft gerechnet[3]. Er kann daher stets ratihabiren, wenn er wieder hergestellt ist. Wenn er aber in der Geisteskrankheit verstirbt, so kann die Erbschaft ihm gar nicht erworben werden. Die B. P., welche der Vormund hier nachsuchte, bleibt stets ein provisorischer Erbschaftsbesitz.

Diese Grundsätze hat Justinian gebilligt[4].

1. Der Curator hat die Verwaltung der Erbschaft, wie wenn dieselbe dem Geisteskranken wirklich erworben wäre[5]. Der furiosus hat inzwischen ein Recht auf Alimente aus dem Nachlasse, die er in Ermanglung andren Vermögens nicht zu restituiren braucht[6]. Sind dem furiosus Vermächtnisse auferlegt, so zahlt der Curator dieselben aus. Jedoch müssen die Empfänger Caution für Rückzahlung stellen, wenn nicht feststeht, daß die Vermächtnisse auch dann gültig bleiben, wenn der furiosus die Erbschaft nicht erwirbt[7].

---

3) L. 5 pr. D. 28. 15: Quum filiofamilias B. P. delata est, dies, quibus certiorare patrem non potest, ut vel jubeat agnosci B. Pionem, vel ratam habeat agnitionem B. Pionis, non cedunt. Fingamus, statim primo die, quo fuerit delata, agnovisse eum B. Pionem, certiorare patrem, ut comprobet, non posse. Non cedent dies centum, incipient autem cedere, quum certior fieri potuit. Praeteritis autem centum diebus frustra ratum habebit. § 1 . . . .

L. 1 D. 37. 3: Furioso Titius substitutus est. B. Pionis tempus, quamdiu furiosus in eadem conditione est, neque instituto neque substituto cedit. Nec si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus praefinitum est, videbitur cedere . . . .

4) Const. 7 § 3 Cod. 5. 70: Sin autem ex alia . . causa hereditas ad eum perveniat, tunc . . dubitatio exorta est: sive adire hereditatem vel B. Pionem petere furiosus possit, sive non? et si curator ejus ad B. Pionem petendam admitti debeat? . . Sancimus, furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire, vel B. Pionem agnoscere, curatori ejus autem licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem ei esse successionem existimaverit, eam B. Pionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem B. Pionis habere . . . .

5) Const. 7 § 7 Cod. eod.: . . Si quid postea ad furiosum pervenerit, sive ex hereditate . . . vel alio . . modo: hoc furioso accedat et hoc cum alia ejus substantia manibus curatoris tradatur . . et sub ejus cura custodiatur, quatenus, si quidem resipuerit furiosus et acquisitionem admiserit, ipsi restituatur.

6) L. 51 pr. D. 5. 3.

7) L. 48 § 1 D. de leg. II.: B. Pione dementis curatori data, legata a curatore, qui furiosum defendit, peti poterunt. Sed, qui

Digitized by Google

2. Wird der Geisteskranke während des interimistischen Besitzes wieder gesund, so kann er durch seinen eignen Willen ratihabiren oder ausschlagen[8]. Schlägt er aus, so wird nunmehr der Nächste berufen (wie sub Nr. 3). Auch während eines dilucidum intervallum kann Annahme oder Ablehnung wirksam erklärt werden. Die später wieder eingetretene Geisteskrankheit beeinträchtigt nicht mehr den eingetretenen Erwerb.

3. Stirbt der Curande in der Geisteskrankheit, so ist ihm die Erbschaft nicht erworben, geht demnach nicht auf seine Erben über, sondern fällt an diejenigen, welche jetzt als Erben des ursprünglichen Erblassers das nächste Recht haben. Dies ist entweder ein Substitut, oder, wenn dem furiosus blos ein Erbtheil deferirt war, der Miterbe, dem jeder vacante Erbtheil accrescirt, oder es sind, war ihm allein ex testamento deferirt, die Intestaterben, oder endlich, war ihm allein ab intestato deferirt, die nachstehenden Intestaterben, event. der Fiscus[9]. Das Anwachsungsrecht der Miterben wird, als in cit. § 8 nicht ausdrücklich angeführt, von Vangerow im civil. Archiv l. c. gegen Fritz und Löhr in der Gießener Zeitschrift l. c. mit Unrecht bestritten. Caution können die Genannten vom Curator nicht verlangen; cit. const. 7 § 8 i. f. Cod. h. t.

4. Unterläßt es der Curator, sich die provisorische Einweisung in den Nachlaßbesitz ertheilen zu lassen für seinen Curanden, so kann der nächst dem Geisteskranken Berufene die B. P. erlangen gegen Caution wegen künftiger Herausgabe an diejenigen, denen möglicher Weise später das Recht auf die Erbschaft zukommen kann[10]. Zu diesen kann

---

petent, cavere debebunt: „si hereditas evicta fuerit, quod legatorum nomine datum sit, redditum iri".

8) Cit. const. 7 § 7 Cod. 5. 70 (Anm. 5).

9) Const. 7 § 8 Cod. eod.: Sin autem in furore diem suum finierit, vel ad suam sanitatem perveniens eam repudiaverit: si quidem successio est .., referatur .. vel ad substitutum, vel ab intestato heredes, vel ad nostrum aerarium, eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei, ad cujus bona vocabuntur, si non in medio erat furiosus; omni satisdatione vel cautione .. excisa.

10) L. 1 D. 37. 3: . . si curator accipere nolit, nonne justius . . erit, . . . proximo cuique possessionem dari . .? Quo admissus substitutus cautionem praestare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit, aut, compos mentis effectus, ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret. Nam et fieri potest, ut vivo furioso substitutus decedat, nec tamen

Digitized by Google

auch der wieder hergestellte furiosus selbst gehören. Man muß daher annehmen, daß auch der Curator für den Curanden diese Caution verlangen kann.

5. Diese Grundsätze gelten nur für Erbschaften. Vermächtnisse dagegen, auch Universalfideicommisse, kann der Curator für den Geisteskranken definitiv erwerben[11].

6. In den Gegenden Deutschlands, in denen das Gewohnheitsrecht annimmt, daß für den Mündel ein Vormund auch ohne dessen Zuthun antreten kann, muß die missio in possessionem furiosi nomine wegfallen (cf. § 52 Nr. III. A. ββ.).

Neuere Erb- oder Vormundschaftsgesetze lassen immer den Vormund antreten und erwerben.

§ 80.

d. Bonorum possessio bei bedingter Erbeinsetzung.

Arndts Beitr. I. S. 183 ff. Mühlenbruch-Glück Bd. 41 S. 191 ff. Leist, B. P. II. 2. S. 304. Arndts § 539. Puchta § 475. Arndts im Rtsl. Bd. 3 S. 930—934 (cf. auch die zu § 76 cit. Schriftsteller).

Während des Schwebens der Bedingung kann der bedingt Eingesetzte die Erbschaft nicht antreten, weil ihm dieselbe nicht deferirt ist. Etwaige Substituten, Miterben (jure accrescendi) oder Intestaterben können die Erbschaft ebenfalls nicht beanspruchen. Das prätorische Recht gab daher dem bedingt Instituirten eine B. P. secundum tabulas, vorausgesetzt, daß das Testament an sich rechtsbeständig war[1] (cf. § 39 Nr. II. B. i. f.).

---

obstet furiosus ceteris, si prius et ipse decesserit, quam hereditatem acquireret.

11) Const. 7 § 9 Cod. h. t.: Legatis . . ceterisque acquisitionibus furioso acquirendis et substantiae ejus aggregandis...

Const. 7 pr. Cod. 6. 49: Sancimus . . soli curatori recte fieri fideicommissi nomine universitatis restitutionem, quod pupillo relictum est, et sine onere fidejussionis . . Idemque juris esse oportet, et si furioso fideicommissaria debeatur hereditas, ut restitutio curatori ejus soli, nomine scilicet furiosi, celebretur.

1) L. 5 pr. D. 37. 11: Si sub conditione heres quis institutus sit et, accepta B. Pione secundum tabulas, conditio defecerit....

L. 6 D. eod.: Hi demum sub conditione heredes instituti B. Pionem secundum tabulas etiam pendente conditione, necdum impleta, petere possunt, qui utiliter sunt instituti.

L. 10 D. eod.: Si servus sub conditione heres institutus sit, an B. Pionem accipere potest . . et probat, posse.

Digitized by Google

1. Durch diese B. P. wird der bedingt Eingesetzte schon pendente conditione in die Lage eines provisorischen Erben versetzt. Es stehen ihm alle Rechte eines B. Por zu. Er kann das interdictum quorum bonorum anstellen. Selbst Veräußerungen, sowie sonstige Verwaltungshandlungen, sind ihm gestattet[2].

2. Bleibt der Eintritt der Bedingung aus, oder wird derselbe vom institutus nicht erlebt, so muß die Erbschaft mit den Revenuen der Zwischenzeit an diejenigen herausgegeben werden, die nach dem zunächst Berufenen als Substituten, Miterben oder Intestaterben Anspruch auf dieselbe haben[3]. Ist deficiente conditione der institutus selbst der nächste Intestaterbe, so behält er das Vermögen[4].

3. Mit Rücksicht auf den eventuellen Nichteintrittsfall der Bedingung muß der bedingt Instituirte wegen künftiger Herausgabe der Erbschaft den Betheiligten Sicherheit leisten[5]. Dieser Anspruch auf Cautionsleistung wird zwar ausdrücklich nur dem Substituten[6] beigelegt. Aus anderen Stellen aber läßt sich entnehmen, daß den Miterben[7] dasselbe Recht zustehe. Nach dem ganzen Zusammenhange ist auch zu Gunsten der Intestaterben Gleiches anzunehmen: wie für einen Fall einer negativen Bedingung von Justinian ausdrücklich anerkannt ist[8].

4. Diese provisorische Ausantwortung der Erbschaft findet Statt sowohl bei affirmativen, wie bei negativen Bedingungen. Nur liegt

---

2) Cit. l. 23 pr. D. 28. 5 (cf. § 39 Anm. 5).

3) L. 1 § 7 D. 38. 17: Sed si mater testamento filium heredem scripserit unum sub conditione, quum plures haberet: si conditione pendente B. Pionem petierit, et postea conditio defecit; aequum est, ceteris etiam filiis legitimam hereditatem non auferre.

L. 12 D. 2. 8: . . Et si defecerit conditio, adeuntem hereditatem substitutum . . . petere hereditatem posse.

4) L. 5 pr. D. 37. 11: . . Si sub conditione heres . ., accepta B. Pione secundum tab., conditio defecerit: interdum evenit, ut res possessori concedenda sit; utputa, si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus. Nam si defecerit conditio, attamen secundum tabulas B. Pionem eum accipere scribit. Sed et si is fuerit, qui ab intestato B. Por futurus esset, tuendum esse scripsit . . .

5) Cit. l. 8 D. 46. 5 cit. l. 12 D. 2. 8 (cf. § 39 Anm. 5).

6) Modo cit. l. 8. 12 D.

7) Cit. l. 4 § 1 D. 28. 7 (cf. § 38 Anm. 16). L. 7 § 1 D. 35. 1.

8) Cit. Nov. 22 cap. 4 § 9 (cf. § 38 Anm. 17).

Digitized by Google

zur Ertheilung derselben kein Grund vor bei Potestativbedingungen, sofern der Institnirte sie ohne Verzug erfüllen kann[9].

§ 81.

E. Veräußrung der Erbschaft.

Dig. de hereditate vel actione vendita (18. 4). Cod. de heredit. vel act. vendita (4. 39).

Beseke, De alienat. heredit. ad explan. const. 2 Cod. h. t. Schwanert, Enumeratio per universitatem successionum. Gött. 1846. § 3. Huschke Studien. S. 233 ff. Köppen, Die Erbschaft. S. 110 ff. Kämmerer, Wird nach Justinianischem Recht bei einer durch den Fiscus geschehenen Veräußerung einer Erbschaft deren Käufer den Erbschaftsgläubigern verhaftet? in v. Gieß. Zeitschr. Bd. XI. Nr. 11. Arndts, Ueber das Rechtsverhältniß desjenigen, welcher vom Fiscus eine Erbschaft gekauft hat, das. Bd. XIX. Nr. 11. Klüpfel, Auch das Anwachsungsrecht geht auf den Käufer einer Erbschaft über, im civil. Arch. Bd. 3 Nr. 1. Mommsen, Erört. aus d. Obligationenrecht. Heft I. S. 72—75. Ihering Abhdlg. S. 11 ff. Overbeck Meditat. I. Nr. 8. Arndts § 540. Puchta § 503. 521. Brinz § 161. Sintenis § 206. Holtzschuher S. 855—858. Böcking Grdr. III. B. § 97. Mayer § 129. Mühlenbruch-Glück Bd. 16. S. 309 ff. Göschen § 956—959. Müller § 216. Bangerow § 518. § 494. Anm. 6. Bering S. 563—566. Keller Instit. § 326 a. Pand. § 542. Arndts im Rtsl. Art. Erbschaft. Bd. 4 S. 24—26.

Wer einmal Erbe geworden ist, kann die Erbschaft nicht wieder verlieren. Semel heres, semper heres. Diese Regel erleidet Modificationen durch das beneficium abstinendi des suus heres (cf. § 55), durch die in integrum restitutio des suus oder voluntarius heres und durch die Eception wegen Unwürdigkeit (cf. § 60). Wesentlich verschieden von einer solchen Aufhebung des Nachlaßerwerbes ist die Veräußrung der Erbschaft.

Eine erworbene Erbschaft gehört zum Vermögen des Erben (cf. § 56 Nr. I.). Ueber ihre Bestandtheile kann er daher frei disponiren, wie über sein übriges Vermögen, also auch dieselben veräußern durch Schenkung, Kauf, Tausch u. s. w. Wegen der Unwiderruflichkeit des Erbrechts kann er indeß durch eine solche Veräußrung nicht sein Erbrecht veräußern, nicht aufhören Erbe zu sein[1], so daß der Erwerber statt seiner Erbe würde. Der Erblasser ist beerbt und kann nicht

---

9) L. 29 D. 35. 1: Haec conditio: „si in Capitolium ascenderit", sic recipienda est, si quum primum potuerit Capitolium ascendere.

L. 174 pr. D. 50. 17: Qui potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur.

1) L. 88 i. f. D. 28. 5: . . non potest adjectus efficere, ut, qui semel heres extitit, desinat heres esse.

Digitized by Google

zum zweiten Male beerbt werden[2]. Durch solche Veräußrung kann er sich von seinen Verbindlichkeiten als Erbe nicht frei machen, weil ja ein Schuldner seine Schulden ohne Zustimmung des Gläubigers auf Andere nicht übertragen kann. Trotz der Veräußrung bleibt daher der Erbe Erbe und alle Verbindlichkeiten eines Erben bleiben auf ihm haften. Die Veräußrung begründet für den Erwerber blos eine Singularsuccession in Bezug auf die zur Erbschaft gehörigen einzelnen Activa. Der Successor übt blos ein fremdes Erbrecht aus: ähnlich wie wenn ein ususfructus veräußert wird. Hieraus ergeben sich folgende Grundsätze, welche die Rechtsquellen blos für den Erbschaftsverkauf, venditio hereditatis, aufstellen, tit. cit. D. 18. 4, Cod. 4. 39, die aber größtentheils auch bei anderen auf eine Uebertragung des Nachlasses gerichteten Geschäften (donatio, datio in solutum, datio in dotem, Tausch) analoge Anwendung finden:

I. Der Erbe hat dem Successor die einzelnen körperlichen Erbschaftssachen zu tradiren, die Erbschaftsklagen zu cediren (actiones mandare)[3]. Jura in re aliena werden durch formlose Erklärung zur Ausübung überlassen. In Betreff der Forderungen und Schulden ward im ältern Recht durch wechselseitige stipulationes inter emtorem et venditorem ausgeholfen[4], d. h. wechselseitige Versprechungen Seitens des Käufers, Alles ersetzen zu wollen, was der Verkäufer an Erbschaftsgläubiger zahlen müßte, und Seitens des Ver-

2) L. 141 § 1 D. 50. 16: Uni duo pro solido heredes esse non possunt.

3) L. 14 § 1 D. 18. 4: Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet.

Const. 4 Cod. 4. 39: Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente emtore, quasi exiguam quantitatem eam vendidit, bonae fidei judicio conveniri, ut res tradat, vel actiones mandet, non compellitur.

Const. 6 Cod. 4. 39: Qui tibi hereditatem vendidit: antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit; et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit.

L. 2 § 3 l. 12 D. 18. 4.

4) Gaj. II. § 252. L. 50 § 1 D. 45. 1: Item stipulatione emtae hereditatis: „quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est eritve, quominus perveniat", nemo dubitabit, quin teneatur, qui id egit, ne quid ad se perveniret.

L. 97 D. 50. 16: Quum stipulamur: „quanta pecunia ex hereditate Titii ad te pervenerit", res ipsas, quae pervenerunt, non pretia earum, spectare videmur.

Digitized by Google

käufers, Alles herauszugeben, was an ihn durch Zahlung kommen würde. Für die Erbschaftsforderungen kam noch eine andere Aushülfe, indem diese nach Ausbildung der Cession cedirt werden konnten, so daß Käufer selbst mit der Klage auftreten konnte[5]. Nach der Entwicklung der utilis actio konnte ein emtor hereditatis ohne Cession gegen die Erbschaftsschuldner actione utili auftreten[6].

Die Schulden des Erblassers aber und die Verbindlichkeiten des Erben gegen die Vermächtnißnehmer gehen auf den Successor nicht über. Der Erbe vielmehr bleibt den Gläubigern des Erblassers und den Vermächtnißnehmern verhaftet. Sie haben sich blos an ihn zu halten. Er ist ihr Schuldner durch die Antretung der Erbschaft geworden. An den Vertrag sind sie nicht gebunden, obligatio tertio non contrahitur[7]. Die Gläubiger hat also er zu befriedigen, auch wenn die Passiva der Erbschaft die Activa übersteigen: vorbehältlich der etwa geschehenen Antretung cum beneficio inventarii.

Die Gläubiger des Erblassers können sich aber auch an den Successor des Erben halten, sobald dieser sich ausdrücklich oder durch concludente facta damit einverstanden erklärt hat. Nehmen sie ihn

---

5) Cit. l. 2 § 8 D. h. t. (cf. Anm. 15).

6) L. 16 pr. D. 2. 14: . . rescriptum est a divo Pio, utiles actiones emtori hereditatis dandas . . .

Const. 5 Cod. h. t.: Emtor hereditatis actionibus mandatis eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur. Quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emtori tribui placuit.

Const. 9 Cod. eod.: Certi . . juris est, ad similitudinem ejus, qui personalem redemerit actionem, et utiliter eam movere suo nomine conceditur, et eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate.

7) Gaj. II. § 35: . . post obligationem (opp. ante aditionem) vero si cesserit, nihilominus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenebitur . . .

Const. 25 Cod. 2. 3: Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest.

Const. 2 Cod. 4. 39: Ratio juris postulat, ut creditoribus et legatariis . ., te convenire volentibus, tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. Nam, ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.

Digitized by Google

aber in Anspruch, so können sie nicht mehr gegen den Erben klagen[8]. In dem bezeichneten Falle giebt man den Gläubigern utiles actiones gegen den Successor.

II. Der Intention der Paciscenten gemäß (id, quod inter eos actum est, fides contractus) soll die Erbschaft so übergehen, daß dem practisch-ökonomischen Ergebnisse nach nicht mehr der Veräußrer, sondern der Erwerber als Erbe gelte[9].

A. Der Erwerber hat alle Lasten und Kosten der Erbschaft zu tragen[10]. Er muß dem Erben ersetzen, oder gleich bei der Uebergabe der Activa sich vom Erben abziehen lassen, was dieser an Begräbnißkosten, an Bezahlung der Creditoren, an Befriedigung der Vermächtnißnehmer oder für Erbschaftssachen, z. B. Impensen, Häuser-, Grund-Steuer ausgegeben hat[11]. Der Erbe kann von ihm auch seine Forderungen an den Erblasser trotz der eingetretenen confusio bezahlt fordern[12]. Standen ihm sonstige dingliche Rechte zu, die durch den Erbantritt erloschen sind, so müssen auch diese ihm wieder erneuert werden[13]. Gegen den Erwerber ist von Seiten dritter

---

8) Const. 2 Cod. 2. 3: Post venditionem hereditatis a te factam, si, creditores contra emtores actiones suas movisse, probare potueris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.

9) L. 2 § 18 D. 18. 4: Quum quis debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desinit. Sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere, et idcirco teneri venditori hereditatis, sive quum moritur testator, debuit, quamvis post mortem debere desiit adita hereditate a venditore, sive quid in diem debeatur . . .

10) L. 2 § 9 D. h. t.: Sicuti lucrum omne ad emtorem hereditatis respicit, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

11) L. 2 § 11 D. 18. 4: Sive ipse venditor dederit aliquid pro hereditate, sive procurator ejus . . . locus erit ex vendito actioni, dummodo aliquid absit venditori hereditatis. § 16. Si quid publici vectigalis nomine praestiterit venditor hereditatis, consequens erit dicere, agnoscere emtorem ei hoc debere. Namque hereditaria onera etiam haec sunt . . . § 17. Quodsi, funere facto, heres vendidisset hereditatem, an impensam funeris ab emtore consequatur? Et ait . ., emtorem praestare debere.

Cit. const. 2 Cod. h. t.: . . cum eo . . tu experiaris . . .

12) Cit. l. 2 § 18 D. h. t. (Anm. 9).

13) L. 2 § 19 D. eod.: Et si servitutes omisit heres institutus adita hereditate: ex vendito poterit experiri adversus emtorem, ut servitutes ei restituantur.

Digitized by Google

Erbprätendenten utilis hereditatis petitio möglich. Cit. l. 13 § 4 D. 5. 3. l. 13 § 8 D. eod. (cf. § 71 Anm. 12).

B. Der Veräußrer ist verpflichtet, alle einzelnen Activa und allen (nicht besonders ausgenommenen) Gewinn und Vortheil aus der Erbschaft an den Erwerber herauszugeben[14] und die hierzu erforderlichen Rechtshandlungen, Traditionen und Cessionen vorzunehmen. Auch erst von ihm selbst erworbene accessorische Klagrechte hat er zu cediren[15]. Auch muß er dem Erwerber prästiren, was der Erblasser von ihm, dem Erben, zu fordern berechtigt war[16]. Aus der Zeit vor dem Vertragsabschluß haftet er bei

---

14) L. 2 § 1 D. 18. 4: In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore? an ea, quae fuit, quum aditur hereditas? an ea . . quum hereditas venumdatur? . . Et verius est, hoc esse servandum, quod actum est. Plerumque autem hoc agi videtur, ut, quod ex hereditate pervenit, in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse. § 3. Pervenisse ad venditorem hereditatis quomodo videatur? quaeritur. Et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum pervenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem, actionesque tribuere; enimvero ubi corpora nactus est, vel debita exegit, plenius ad eum videri pervenisse. Sed et si rerum venditarum ante hereditatem venditam pretia fuerit consecutus, palam est, ad eum pretia rerum pervenisse. Illud tenendum est, cum effectu videri pervenisse, non prima ratione . . . § 4. . . non solum quod jam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est.

L. 21 D. eod.: . . cum hereditas venit tacite hoc agi videtur, ut, si quid tanquam heres feci, id praestem emtori, quasi illius negotium agam; quemadmodum fundi venditor fructus praestet bonae fidei ratione.

L. 25 D. eod.: Si, excepto fundo hereditario, veniit hereditas, deinde ejus fundi nomine venditor aliquid acquisiit, debet id praestare emtori hereditatis. Paulus: imo semper quaeritur in ea re, quid actum fuerit. Si autem id non apparebit, praestare eam rem debebit emtori venditor. Nam id ipsum ad eum pervenisse videbitur non secus, ac si eum fundum in hereditate vendenda non excepisset.

Cit. l. 2 § 8 D. eod. (Anm. 15) L. 2 § 10 D. h. t.

15) L. 2 § 8 D. h. t.: Non solum autem hereditarias actiones, sed etiam eas obligationes, quas ipse heres constituit, dicendum erit praestari emtori debere. Itaque et si fidejussorem acceperit ab hereditario debitore, ipsam hanc actionem, quam habet heres, praestare emtori debebit.

16) L. 20 D. eod.: Si hereditatem mihi Lucii Titii vendideris ac post debitori ejusdem heres existas, actione ex emto teneberis. § 1. Quod simplicius etiam in illa propositione procedit: quum quis ipse creditori suo heres extitit et hereditatem vendidit.

Digitized by Google

positiven Vermindrungen oder Erwerbsunterlassungen für dolus und lata culpa[17], vom Abschluß des Vertrags an nach den gewöhnlichen Regeln[18] (cf. Göschen S. 433 Anm. 7).

III. Gemäß dem Geschäftswillen der Contrahenten soll die Erbschaft übergehen, wie sie beim Erben war.

A. Für Eviction einzelner Erbschaftssachen und für vitia derselben haftet der Veräußrer nicht. Die Erbschaft ist veräußert, wie sie ist[19]. Nur für das Vorhandensein seines Erbrechts haftet er, also dafür, daß dem Successor nicht die ganze Erbschaft oder eine Quote derselben evincirt werde[20].

B. Eine sehr bestrittene Frage ist, ob der Successor, der von einem Miterben dessen Erbquote erworben hat, auch Anspruch habe auf den dem Veräußrer später accrescirenden Erbtheil? Diese Frage ist zu verneinen, sobald aus der Fassung des Vertrages sich nicht ein Andres ergiebt[21] (cf. Vering S. 565—566. Puchta Vorl. Bd. II S. 421).

IV. Erwirbt der Fiscus eine Erbschaft und verkauft sie an einen Dritten, so gilt der Käufer singulärer Weise als Universalsuccessor und tritt ganz an die Stelle des Fiscus. Mit Abschluß des Kaufes geht der gesammte Nachlaß, als Ganzes, also auch das

---

17) L. 2 § 5 D. 18. 4: Sed et si quid dolo malo eorum factum est, quominus ad eos perveniat: et hoc emtori praestandum est. Fecisse autem dolo malo, quominus perveniat, videtur: sive alienavit aliquid, vel etiam accepto quem liberavit, vel id egit dolo malo, ne de hereditate acquireretur, vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci. Sed et si non dolo malo, sed lata culpa, admiserit aliquid: utique tenebitur. Deperdita autem et deminuta sine dolo malo venditoris non praestabuntur.

18) L. 3 D. eod.: Si venditor hereditatis exactam pecuniam sine dolo malo et culpa perdidisset, non placet eum emtori teneri.

19) L. 2 pr. D. h. t.: Venditor hereditatis de evictione non debet, quum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset . . .

Const. 1 Cod. 8. 45: Evictio quoque non praestatur in singulis rebus, quum hereditatem jure venisse constet; nisi aliud nominatim inter contrahentes convenit.

20) Cit. l. 8 D. 18. 4 (Anm. 25).

21) Cit. l. 2 § 1 D. 18. 4 verb.: in id tempus, quo venditio fit.

L. 34 D. 50. 17: . . Si non appareat, quid actum sit, . . ad id, quod minimum est, redigenda summa est.

Digitized by Google

Eigenthum aller einzelnen dazu gehörigen Sachen, ipso jure, ohne Tradition, sofort auf den Käufer über und ebenso auch sämmtliche Erbschaftsschulden, so daß er unmittelbar den Erbschaftsgläubigern haftet und diese sich gar nicht mehr an den Fiscus halten können[22]. Geschützt sind sie übrigens auch hier durch das beneficium separationis (cf. § 63). Dem Käufer wird aber auch utilis hereditatis petitio gegeben. Cit. l. 54 pr. D. 5. 3 (cf. § 70 Anm. 4). Gegen ihn ist jede H. P. ausgeschlossen (cf. § 71 Nr. 2. b.).

V. Bisher hatten wir die Veräußrung einer erworbenen Erbschaft im Auge. Nun ist aber auch die Veräußrung einer erst deferirten Erbschaft (hereditas delata, nondum acquisita) möglich.

A. Im vorjustinianischen Recht konnte durch in jure cessio eine deferirte legitima hereditas an einen Dritten übertragen werden, so daß diesem damit die Möglichkeit gegeben war, statt des ursprünglichen Delaten die Erbschaft anzutreten. Eine derartige in jure cessio des testamentarischen Erbfolgerechts dagegen war unzulässig, da sie im Widerspruche mit dem Begriffe des Testaments gestanden hätte; denn, wenn der Cessionar Erbe werden sollte, so hätte nicht der Testator selbst, sondern der von ihm Eingesetzte den Erben gemacht[23]. Der Grund jener in jure cessio legitimae hereditatis ist zwar bestritten, allein ohne Zweifel darin zu suchen, daß die alte hereditas zu den res mancipi gehörte. Eine Spur von dieser in jure cessio ist auch noch im Justinianischen Recht wiederzufinden[24]. Die betr. Stelle von

22) L. 41 D. 49. 14: Eum, qui bona vacantia a fisco comparavit, debere actionem, quae contra defunctum competebat, excipere.

Const. 1 Cod. 4. 39: Aes alienum, hereditate nomine fisci vendita, ad onus emtoris bonorum pertinere, nec fiscum creditoribus hereditariis respondere, certum et absolutum est.

23) Gaj. II. § 34: Hereditas quoque in jure cessionem tantum recipit. § 35. Nam si is, ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, perinde fit heres is, cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset. § 36. Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in jure cedendo eam alii nihil agit.

Gaj. III. § 85—86 Ulp. fr. XIX. § 13—14.

24) L. 4 § 28 D. 44. 4: Si, quum legitima hereditas Caji Seji ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem et posteaquam ego repudiavero hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto, isque a me petet hereditatem: exceptionem doli mali ejus, qui ei cessit, non potest pati.

Digitized by Google

einer bereits erworbenen Erbschaft zu verstehen, wie Einige wollen, ist rein willkürlich. Dem widerstrebt aber auch der Satz, daß dem Käufer einer schon erworbenen Erbschaft die H. P. nicht zustehe, welche hier dem Cessionar ja ausdrücklich zugesprochen wird.

Die heutige Anwendbarkeit dieser Uebertragung des Antretungsrechts ist bestritten. Puchta hält, wegen bloßer Irrelevanz jener altcivilen Form, diese Uebertragung des Antretungsrechts noch für practisch. Von den meisten Civilisten, unter ihnen von Arndts, wird dieselbe jedoch verworfen, da das Recht aus der Delation ein persönliches, nicht einmal vererbliches, daher auch gewiß nicht veräußerliches sei (cf. § 56 Nr. II. B. 2. a. Arndts § 512 Anm. 1. Müller S. 691 Anm. 19). — Ist daher eine erst deferirte Erbschaft veräußert, so heißt dies nur so viel, daß nun der Veräußrer verpflichtet ist, dieselbe anzutreten und dem andren Contrahenten mit allen Lasten und Vortheilen zu überlassen. Und zwar haftet der Veräußrer für Ersatz, wenn er den Vertrag nicht erfüllt, d. i. durch seine Schuld, durch Nichtantretung, die Erbschaft nicht erwirbt und sie daher dem andren Contrahenten nicht übertragen kann[25]. Ist der andre Contrahent nach dem Veräußrer selbst der nächste Berufene, so kann sich die Verbindlichkeit des Veräußrers auch blos darauf beschränken, die Erbschaft abzulehnen und so dem Andren die Antretung zu überlassen[26].

Nach heutigem Recht gehört die Cession einer noch unangetretenen Erbschaft zu den uneigentlichen Erbverträgen, welche unstreitig zulässig sind (die eigentlichen Erbverträge sind die, welche einen Nachlaß deferiren); cf. Vering S. 503 Anm. 3.

---

25) L. 8 D. 18. 4: Quodsi nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emtori praestari debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur; si nulla est, de qua actum videatur, pretium duntaxat, et si quid in eam rem impensum est, emtor a venditore consequatur, L. 9 D. eod. et si quid emtoris interest.

26) L. 14 § 3 D. 23. 5: Si .. dotis causa .. mulier .. substituto viro omiserit hereditatem vel legatum, erit fundus dotalis.

L. 5 § 5 D. 23. 3: Si pater repudiaverit hereditatem dotis constituendae causa, forte quod maritus erat substitutus, aut qui potuit ab intestato hereditatem vindicare: dotem non profectitiam esse.

Digitized by Google

B. Man kann sogar eine hereditas nondum delata veräußern, z. B. wenn ich dem A. verspreche, ich wolle ihm Alles überlassen, was ich in diesem Jahre noch erben sollte, oder wenn ich sub conditione eingesetzt bin und pendente conditione mein Erbrecht veräußre. Solche Verträge sind, je nach der Verabredung, eine venditio oder donatio spei oder societas[27] und es treten die sub Nr. I—III ausgeführten Grundsätze ein (cf. § 5 Nr. B.).

C. Veräußert aber jemand die hereditas nondum delata einer bestimmten noch lebenden Person, so trat den Römern ein Schicklichkeitsgefühl entgegen. Ein solches Geschäft soll daher nur gültig sein, wenn es mit Consens des künftigen Erblassers geschieht (cf. § 5 Nr. B.).

D. Veräußrung einer Erbschaft setzt stets eine hereditas aliena voraus. Verträge über eigne Erbschaften sind dem Römischen Recht fremd. Erst das Deutsche Recht gestattet sie (cf. § 5 Nr. B.).

Fünftes Capitel.

Von den Vermächtnissen.

Inst. de legatis (2. 20) de singulis rebus per fideicommiss. relictis (2. 24). Dig. de legatis et fideicommiss. (30—32). Cod. de legatis (6. 37) de fideicommiss. (6. 42) communia de leg. et fideicommiss. et de in rem missione tollenda (6. 43) de verborum et rerum significatione (6. 38).

Donellus, Comment. jur. civ. lib. VIII. Westphal, Hermeneutisch-systematische Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 2 Bde. Leipzig 1791. Roßhirt, Die Lehre von den Vermächtnissen. 2 Bde. Heidelberg 1835. Mayer, Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen, aus den Quellen bearbeitet. Abth. I. Tübingen 1854 (vergl. krit. Ueberschau II. S. 165 ff.). Marezoll, Zur Lehre von den Vermächtnissen, in der Gieß. Zeitschr. Bd. IX. Nr. 4. 9. Löhr, Bruchstücke aus der Lehre von den Legaten und Fideicommissen, in s. Magazin. Bd. IV. Nr. 6 Vering Caput XXI. Arndts im Rtsl. Art. Legat. Bd. 6. S. 279—344.

---

27) L. 10 D. 18. 4: Quodsi in venditione hereditatis id actum est: „si quid juris esset venditoris, venire, nec postea quidquam praestitum iri“: quamvis ad venditorem non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur; quia id actum esse manifestum est, ut, quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emtorem pertineret.

L. 11 D. eod.: Nam hoc modo admittitur, esse venditionem: „si qua sit hereditas, esto tibi emta“, et quasi spes hereditatis. Ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus.

L. 12 D. eod.: Hoc autem sic intelligendum est: nisi sciens, ad se non pertinere, ita vendiderit. Nam tunc ex dolo tenebitur.

Digitized by Google

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 82.

A. Begriff, Gattungen und geschichtliche Entwicklung der Vermächtnisse.

Gaj. II. § 191 sq. Ulp. fr. XXIV. XXV. Paul. R. S. III. 6. IV. 1.

Mantica, Tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum. Genevae 1645. Caimus, De legat. et fideic. origine, incremento, exaequatione, in Lacubr. p. 236 sq. Felsecker, De exaequatione legat. et fideic. Bamberg 1827. § 6 sq. Löhr l. c. S. 78 ff. Rosshirt l. c. S. 92 ff. Marezoll l. c. S. 63 ff. Arndts § 541. Puchta § 522. Brinz § 207. Sintenis § 207. Böcking Erbr. III. B. § 126. Göschen § 996—998. Müller §§ 188. 189. Vangerow § 519. Vering S. 692—696. Keller Instit. § 334. Pand. § 554. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 279—282.

Der Eintritt des Erben in den Nachlaß als Universalsuccessor schließt nicht aus, daß Einzelnes aus dem Nachlaß als Einzelnes andren Personen zufällt, daß also neben der Universalsuccession eine Singularsuccession eintritt (cf. § 1 i. f.).

Vermächtniß, Legat[1] oder Fideicommiß, ist Alles, was jemand in Folge einer einseitigen letztwilligen Verfügung des Erblassers aus dem Nachlaß oder auf Kosten desselben erhält, aber nicht durch unmittelbaren Eintritt in die Gesammtheit des Nachlasses, also nicht in der zu § 1 bezeichneten Weise, sondern durch Vermittlung dritter Personen. Das Vermächtniß schafft eine mittelbare Succession von Todeswegen, nämlich eine solche, welche dem Successor einen Vermögensvortheil zuwendet, der den materiellen Gewinn desjenigen, der zur Erfüllung der Auflage vom Erblasser verpflichtet wird, vermindert. Das Vermächtniß ist eine delibatio hereditatis, d. h. Verminderung des Erbtheils[2], und eine donatio testamento relicta[3]. Der mit einem Vermächtniß Bedachte heißt

1) L. 120 D. 50. 16: Verbis legis XII tabularum his: „Uti legassit suae rei, ita jus esto" latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi . . .

Const. 2 i. f. Cod. 6. 43: Si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur.

2) L. 116 pr. D. de leg. I.: Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

3) § 1 I. 2. 20: Legatum est donatio quaedam a defuncto relicta, ab herede praestanda.

L. 36 D. de leg. III.: Legatum est donatio testamento relicta.

Digitized by Google

Vermächtnißnehmer, Honorirter, Legatar oder Fideicommissar. Der Erbe oder der Vermächtnißnehmer, dessen Erbgewinn durch das Vermächtniß gemindert wird, heißt der Onerirte oder gravatus oder is, a quo legatur oder is, cujus fidei committitur, seltner is, a quo fideicommittitur. L. 114 pr. D. de leg. I.

Die Vermächtnisse zerfallen nach der Verschiedenheit ihres Objects in zwei wesentlich verschiedene Classen:

I. Singularvermächtnisse. Der Erblasser kann jemandem einzelne Activa, Sachen oder Summen vermachen, z. B. 1000 fl., sein Haus, eine Forderung an einen Dritten oder eine Servitut an seiner Sache. Dies ist das Singularvermächtniß. Es wird dadurch eine Singularsuccession begründet. Der Vermächtnißnehmer bekommt ein Recht auf das betr. Activum, tritt aber in keiner Weise in die Schulden des Erblassers ein. Zwar hat der Erbe ihm das Vermächtniß in der Regel nur so weit auszuzahlen, als vom Nachlaß nach Abzug der Schulden noch etwas übrig bleibt und darf außerdem noch in der Regel nach der lex Falcidia an den Singularvermächtnissen die Quarta Falcidia abziehen (s. unten). Allein mit den Gläubigern des Erblassers kommt der Singularvermächtnißnehmer in gar kein unmittelbares Verhältniß; sie können sich blos an den Erben halten.

II. Universalvermächtnisse. Der Erblasser kann jemandem auch den ganzen Nachlaß, oder eine Quote davon vermachen, d. h. dem Erben auferlegen, seine Erbportion, sei es ganz oder eine Quote davon, einem Dritten als Vermächtniß herauszugeben. Z. B. ich setze den A. zu meinem Erben ein und verfüge dabei, daß er, sobald meine Nichte heirathen werde, ihr ½ meines Nachlasses herausgeben solle; oder, daß, wenn er kinderlos sterbe, mein gesammter Nachlaß an die Kinder meiner Nichte fallen solle. Dies ist das Universalvermächtniß, oder Universalfideicommiß, fideicommissaria hereditas. Es ist hier die Erbschaft, die der Vermächtnißnehmer bekommt, aber nicht als Erbe, sondern durch Vermittlung des Erben aus seiner Hand (cf. § 116).

Durch ein solches Universalvermächtniß wird, wie durch das Erbesein, eine wahre Universalsuccession begründet. Wenn der Erbe zur vorgeschriebenen Zeit dasselbe dem Vermächtnißnehmer restituirt, sei es auch nur durch eine wörtliche Erklärung (s. unten):

Digitized by Google

so tritt durch diesen einen Act der Vermächtnißnehmer ein in die ihm vermachte Gesammtheit des Nachlasses, in sämmtliche Activa und Passiva, und zwar in der oben im § 1 ausgeführten Weise.

Dennoch ist das Universalvermächtniß nur ein Vermächtniß und vom Erbesein wesentlich verschieden. Durch dasselbe succedirt man nur mittelbar, nur durch Vermittlung des Erben. Dies hat namentlich die Folgen:

1. Wenn der mit einem solchen Vermächtniß belastete Erbe die Erbschaft nicht erwirbt, so tritt das Vermächtniß nicht in Wirksamkeit (s. unten).

2. Der Erbe kann, wenn das Universalvermächtniß $^3/_4$ seiner Erbportion übersteigt, dem Vermächtnißnehmer die Quarta Falcidia abziehen (s. unten).

3. Nimmt der Erbe die Erbschaft an, der Universalvermächtnißnehmer aber schlägt das Vermächtniß aus, so bleibt die ganze Erbschaft mit den Schulden auf dem Erben haften (s. unten).

4. Einen Erben kann man nur in einem Testamente ernennen, Universalvermächtnisse dagegen auch in bloßen Codicillen (cf. § 20).

Schief und zur Verwirrung führend ist es daher, wenn ältere Civilisten den Universalvermächtnißnehmer einen Erben nennen (heres obliquus, indirectus, fideicommissarius, Fideicommißerbe im Gegensatz zum wahren Erben, heres directus). Die Römer nennen ihn nie heres, sondern sagen nur, er sei heredi similis, heredis loco, weil er auch Universalsuccessor ist.

Bis das Römische Recht sich zu den ausgeführten einfachen Grundsätzen durcharbeitete, brauchte es ein Jahrtausend (cf. Rechtsgeschichte). Hierher gehört darüber Folgendes:

Für Vermächtnisse überhaupt hatte es keinen Namen. Es hatte nur zwei Bezeichnungen: Legat und Fideicommiß. Diese Ausdrücke bezeichnen zwei verschiedene Gattungen der Vermächtnisse, jedoch nicht Universal- und Singularvermächtniß, sondern zwei Gattungen, die sich nach den Formen der Errichtung von einander unterscheiden.

A. Legate. Im ältren Recht bis zu Kaiser August's Zeiten konnte man nur in einem förmlichen Testamente Vermächtnisse errichten und zwar nur in bestimmten lateinischen Wortformeln, die

Digitized by Google

größtentheils die Form eines Befehls hatten (verbis directis civilibus imperativis). Solche Vermächtnisse hießen Legate[4], weil sie für den Erben eine bindende Anordnung, eine lex, waren, sobald er die Erbschaft annahm. Daher die alte Definition: Legatum est donatio verbis latinis imperativis testamento relicta, ab herede praestanda. Der Empfänger hieß legatarius. Bei diesen Legaten führte die lex Falcidia den Grundsatz ein, daß, wenn sie zusammen mehr als $^3/_4$ der reinen Erbportion betragen, der Erbe ihnen so viele Procente abziehen könne, bis er $^1/_4$ seiner reinen Erbportion frei hätte: Quarta Falcidia (cf. § 101—105).

Von Legaten gab es nach der Verschiedenheit der gebrauchten Formeln vier Gattungen[5], bei denen verschiedene Rechtsgrundsätze eintraten.

1. Legatum per vindicationem. Das Vindicationslegat hatte die Formel: „Titio domum meam do, lego", oder „Titius domum sumito, sibi habeto"[6]. Hierdurch ward Eigenthum oder ein andres dingliches Recht von Seiten des Erblassers an den Legatar unmittelbar ertheilt. Einer Mancipation oder Tradition von Seiten des Erben bedurfte es nicht, der Erbe kam gar nicht zur Erwähnung. Das Eigenthum ging ipso jure über. Der Legatar gewann unmittelbar die rei vindicatio, als ob ihm die Sache mancipirt wäre.

Trotzdem war auch dies Legat abhängig vom Erben: nicht nur von seinem Recht auf die Quarta Falcidia, sondern sogar von seiner Ernennung[7].

Dies Legat war intensiv das stärkste, aber dem Kreise seiner Anwendung nach das beschränkteste. Es war blos zulässig für Sachen,

4) Ulp. fr. XXIV. § 1: Legatum est, quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur. Nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur.

5) Gaj. II. § 192: Legatorum utique genera sunt quatuor: aut enim per vindicationem legamus, aut per damnationem, aut sinendi modo, aut per praeceptionem.

Ulp. fr. XXIV. § 2.

6) Gaj. II. § 193 Ulp. fr. XXIV. § 3: Per vindicationem his verbis legamus: „Do, Lego, Capito, Sumito, Sibi Habeto".

7) Ulp. fr. XXIV. § 15: Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit.

Gaj. II. § 229: Ante heredis institutionem inutiliter legatur.

Digitized by Google

welche sich im quiritarischen Eigenthum des Testators befanden; denn nur bei diesen konnte ihm die rechtliche Macht zugeschrieben werden, auf den Legatar unmittelbar das Eigenthum oder ein dingliches Recht zu übertragen. Bei species mußte dies Eigenthum sogar utroque momento, zur Zeit des testamentum factum und des Todes vorhanden sein[8] (cf. Keller Pand. S. 1034).

Näheres, namentlich über einzelne Controverspuncte der Schulen, und über den Einfluß des conjunctim und disjunctim legare cf. Gaj. II. § 194—200. Ulp. fr. XXIV. § 7. 12 (cf. § 97 Nr. B.).

2. Legatum per damnationem. Das Damnationslegat hatte die Formel: „Heres damnas esto dare" oder heres dato"[9]. Hierdurch ward nur eine Pflicht des Erben zu irgend einem Thun oder Lassen zu Gunsten des Legatars begründet. Es entstand eine obligatio quasi ex contractu zwischen dem Erben und Legatar. Das Eigenthum ging nicht von selbst über, es entsprang daraus für den Legatar nur eine persönliche Klage des ordentlichen Proceßganges, condictio (certi, incerti) ex testamento[10]. Die Anwendbarkeit dieses obligatorischen Legats ging weiter, als die des dinglichen Vindicationslegats, indem auch Sachen, die weder im Eigenthum des Erblassers, noch des Erben waren, wie auch Dinge, die nicht körperliche Sachen waren, Gegenstand desselben sein konnten[11].

Ueber den Einfluß der Conjunction und das Schicksal deficirender Portionen cf. Gaj. II. § 204. 208. Ulp. fr. XXIV. § 8. 13) cf. § 97 Nr. B.).

3. Legatum per praeceptionem. Dies ist nur eine besondere Art des legatum per vindicationem, wenn nämlich dem heres pro parte vor den übrigen Miterben etwas zum Voraus legirt ist. Die Formel war: „Titius illam rem praecipito"[12]. Bei diesem Legat war es bestritten, ob es blos bei einem Miterben An-

---

8) Gaj. II. § 196 Ulp. fr. XXIV. § 7.

9) Ulp. fr. XXIV. § 4: Per damnationem his verbis: „Heres meus damnas esto dare, Dato, Facito, Heredem meum dare jubeo".

10) Gaj. II. § 204 IV. § 9.

11) Gaj. II. § 201—203.

12) Gaj. II. § 216: Per praeceptionem hoc modo legamus: „Lucius Titius Hominem Stichum Praecipito". Ulp. fr. XXIV. § 6.

Digitized by Google

wendung finde, oder ob es auch zu Gunsten eines Nichterben als gewöhnliches legatum per vindicationem gelten könne[13] (cf. Keller Pand. S. 1034).

4. Legatum sinendi modo relictum. Die Formel dafür war: „Heres meus damnas esto sinere, Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere“[14]. Es war eine Abart des Damnationslegats, wobei dem Erben statt eines dare das bloße Dulden der Wegnahme von Seiten des Legatars durch das Testament zur Pflicht gemacht war. — Ursprünglich hatte die Wahl einer unpassenden Form im einzelnen Falle die Ungültigkeit des Legats zur Folge. Davon ward abgewichen durch das S. C. Neronianum, welches vorschrieb, daß jedes Legat, welches blos der unpassenden Form wegen ungültig wäre (minus aptis verbis legatum), deswegen doch so gelten solle, als ob es in der allgemein anwendbaren Form des Damnationslegats angeordnet wäre: tanquam optimo jure legatum esset[15].

Auf diese Weise konnten blos Singularvermächtnisse errichtet werden. Zwar konnte Erblasser dem Erben auch in Legatsform eine Quote seines ganzen Nachlasses vermachen (legatum partitionis). Allein dadurch ward der Legatar blos Singularnachfolger. Er trat nicht zu der Quote in die sämmtlichen Activa und Passiva des Erblassers ein, sondern der Erbe blieb allein den Gläubigern verhaftet, berechnete den Nachlaß, zog davon das zur Schuldentilgung Nöthige ab und gab vom Rest nach Abzug der Quarta Falcidia dem legatarius partiarius seine Portion heraus, konnte ihn aber auch mit einer Geldsumme abfinden[16] (cf. Nr. B. 2; cit. § 5 I. 2. 23. in Anm. 23).

---

13) Gaj. II. § 217—223. Ulp. fr. XXIV. § 11.

14) Gaj. II. § 209 sq. Ulp. fr. XXIV. § 5. 10.

15) Gaj. II. § 197 Ulp. fr. XXIV. § 11.

16) L. 26 § 2 D. de leg. I.: Quum, bonorum parte legata, dubium sit: utrum rerum partes, an aestimatio debeatur? Sabinus et Cassius aestimationem, Proculus et Nerva rerum partes esse legatas existimaverunt. Sed oportet heredi succurri, ut ipse eligat, sive rerum partes, sive aestimationem dare maluerit.

L. 104 § 7 D. eod.: Si, socero a genero suo herede instituto, pars hereditatis alii legata fuisset: deducta dote eum debiturum esse partem hereditatis legatam, Sabinus respondit; quemadmodum, si pecunia ex crediti causa socero debita fuisset, ea deducta partem hereditatis daturus fuisset.

Digitized by Google

B. Fideicommisse. Zur Zeit der Republik war das Legat die einzig rechtliche Art von Vermächtnissen. Am Ende der Republik bildete sich daneben eine freiere Art der Vermächtnisse, das Fideicommiß. Dies war ein Vermächtniß, das der Erblasser errichtete, ohne die lateinischen Legatsworte zu gebrauchen, oder in einem letzten Willen, der nicht die Form eines Testaments hatte, also z. B. in einem Billet etwa an den Erben, einer bloßen formlosen Erklärung (in codicillis) u. dgl. Solche Vermächtnisse waren ursprünglich juristisch ungültig. Der Erbe konnte zu ihrer Erfüllung nicht gezwungen werden. Wer solche Vermächtnisse errichtete, mußte lediglich dem guten Willen, der Ehre, Treue, Gewissenhaftigkeit des Erben vertrauen (fidei ejus committere), daß er sie freiwillig erfüllen werde. Daher: Fideicommissum; Fideicommissarius; is cujus fidei committitur[17].

Allein zu August's Zeiten legte allmählich das Gewohnheitsrecht auch solchen Fideicommissen rechtliche Gültigkeit bei und so hatten sie denselben rechtsgültigen Bestand, wie die Legate[18]; cit. § 1 I. 2. 13.

---

17) § 1 I. 2. 23: Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo . . cogebatur, praestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hereditatem vel legata relinquere: si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris, sed tantum pudore eorum, qui rogabantur, continebantur. Postea primus divus Augustus — semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam — jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem. Tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

§ 3 I. 2. 20: . . antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissis autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem (cf. Anm. 23).

18) pr. I. 2. 25: Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse. Sed primus L. Lentulus, ex cujus persona etiam fideicommissa coeperunt, codicillos introduxit. Nam quum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit fideicommissum, ut faceret aliquid. Et quum divus Augustus voluntatem ejus implesset, deinceps reliqui, ejus auctoritatem secuti, fideicommissa praestabant; et filia Lentuli legata, quae jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse prudentes, inter quos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, et quaesiisse,

Digitized by Google

Zwischen Fideicommissen und Legaten bestanden jedoch in den Rechtsgrundsätzen viele Verschiedenheiten (Gaj. II. § 268—289), namentlich die Verschiedenheit in der Form der Einrichtung; denn Fideicommisse konnte man in beliebigen Worten errichten und ohne alle äußre Form, in einem Testament oder in einem formlosen Codicill. Dies galt namentlich noch zur Zeit, in der die in den Digesten excerpirten Juristen lebten (Gaj. II. § 270). Erst Constantin führte auch für die Codicille eine Form ein in der Zuziehung von fünf Zeugen, so daß von da an Fideicommisse nur errichtet werden konnten in einem Testament, oder in einem vor fünf Zeugen errichteten Codicille (cf. § 85 Nr. C.).

Außerdem bestand noch zwischen den Fideicommissen unter sich nach der Verschiedenheit des Gegenstandes ein in der Natur der Sache liegender Unterschied:

1. Wenn blos einzelne Activa fideicommittirt wurden (fideicommissum rerum singularum, oder speciale, sog. Singularfideicommiß), so wurde dadurch, wie bei den Legaten, blos eine Singularsuccession in dem oben in der Einleitung sub Nr. I. bezeichneten Sinne begründet.

2. Es konnte aber auch der ganze Nachlaß oder eine Quote desselben fideicommittirt, d. h. dem Erben auferlegt werden, seinen ganzen Erbtheil, oder eine Quote davon als Fideicommiß einem Dritten herauszugeben. Die Römer bezeichnen hier den Erben durch heres fiduciarius, das Fideicommiß durch fideicommissum hereditatis oder fideicommissaria hereditas, wir durch Universalfideicommiß (cf. § 116). Anfangs ward dadurch nicht eine Universalsuccession begründet, sondern die Sache ähnlich behandelt, wie beim legatum partitionis. Allein ein S. C. Trebellianum bestimmte, daß durch ein solches Fideicommiß eine wahre Universalsuccession auf die oben sub Nr. II. bemerkte Weise begründet werden solle[19] (cf. § 116 i. f.).

---

an posset hoc recipi, nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset, et Trebatius suasisse Augusto, quod diceret utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora, quum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

19) § 4 I. 2. 23: Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Ma-

Digitized by Google

Nur blieb nach diesem Senatusconsult noch ein Uebelstand zu beseitigen. Das Recht der Quarta Falcidia galt bei Fideicommissen nicht. Ward daher einem Erben auferlegt, die ganze Erbschaft, oder beinahe die ganze, als Fideicommiß wieder herauszugeben, so konnte er sie leicht ausschlagen, wodurch denn auch das Fideicommiß in der Regel zusammenfiel. Das S. C. Pegasianum unter Vespasian dehnte daher das Recht der Quarta Falcidia auch auf Fideicommisse aus, bestimmte aber, daß, wenn bei einem Universalfideicommiß der Erbe von diesem Rechte Gebrauch mache, nun der Universalfideicommissar nicht als Universalsuccessor, sondern blos als legatarius partiarius zu behandeln sei (cf. Nr. A. i. f.), daß er aber den Erben zum Erbschaftsantritt zwingen könne. Das Verhältniß dieser beiden Senatusconsulte unter einander war übrigens sehr complicirt[20] (cf. Arndts § 580 Anm. 1. § 584 Anm. 1).

---

ximo et Annaeo Seneca consulibus, S. C. factum est, quo cautum est, ut, si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, ei et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod S. Ctum praetor utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit.

L. 1 § 1 D. 36. 1: Factum est enim S. C. temporibus Neronis, octavo kalendas septembres, Annaeo Seneca et Trebellio Maximo consulibus. § 2. Cujus verba haec sunt: „Cum esset aequissimum, in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus fructusque transferetur, potius, quam cuique periculosam esse fidem suam: placet, et actiones, quae in heredes heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum, sic uti rogati essent, restituissent: sed his et in eos, quibus ex testamento fidei commissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates". § 3–7.

Gaj. II. §§ 253. 255. 258.

20) Gaj. II. § 254. § 5 I. 2. 23: Sed quia heredes scripti, quum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant atque ob id extinguebantur fideicommissa: postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso et Pusione consulibus, senatus censuit: ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Post quod S. C. ipse heres onera hereditaria sustinebat; ille autem, qui ex fideicommisso recepit partem hereditatis, legatarii partiarii loco

Digitized by Google

C. In all dem Ausgeführten verdanken wir wieder Justinian eine große Vereinfachung dieser Materie und deren Zurückführung auf die Grundsätze von Nr. I und II; denn

1. hob er bei den Universalfideicommissen das complicirte Verhältniß zwischen den beiden Senatusconsulten auf. Er bestimmte, durch ein Universalfideicommiß solle stets eine Universalsuccession eintreten, wie es das S. C. Trebellianum bestimmte. In Bezug auf das Recht zur Quarta und auf den Zwang zur Antretung solle das gelten, was das S. C. Pegasianum festsetze. Dabei solle man annehmen, alles das habe schon im S. C. Trebellianum gestanden. Deshalb nennen wir auch die Quart, die ein Erbe dem Universalvermächtnißnehmer abziehen darf, Quarta Trebelliana, obwohl sie durch das S. C. Pegasianum eingeführt wurde[21]. Hiernach galt bei allen Universalfideicommissen das oben sub Nr. II Ausgeführte.

2. Sodann hob er allen Rechtsunterschied zwischen den vier Classen der Legate unter sich auf und glich sie aus[22].

---

erat, id est ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur; quae species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem . . .

§ 6 I. eod.: Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano S. Cto restituebatur hereditas . . At si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus erat Pegasiano S. Cto: et heres, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit — sive retinuerit quartam partem, sive retinere noluerit — ipse universa onera hereditaria sustinebat. Sed quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponebantur . . . Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano S. Cto, ut, desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu praetoris adeat et restituat hereditatem, perindeque ei et in eum, qui receperit hereditatem, actiones dentur, ac juris est ex Trebelliano S. Cto . . .

21) § 7 I. 2. 23: . . ideo, omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque S. Cti placuit, exploso S. Cto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano S. Cto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres . . quartam sive plus, sive minus sive penitus nihil: ut tunc . . liceat ei vel quartam, vel quod deest, . . retinere — vel repetere solutum — quasi ex Trebelliano S. Cto; pro rata portione actionibus tam in heredem, quam in fideicommissarium competentibus . . .

22) § 2 I. 2. 20: . . Nostra . . constitutio disposuit, ut omnibus legatis una sit natura, et, quibuscunque verbis aliquid

Digitized by Google

3. Endlich hob er jeden Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen in den Rechtsgrundsätzen gänzlich auf und bestimmte: Da wo bei Legaten und Fideicommissen verschiedene Rechtsgrundsätze gelten, soll nun bei beiden derjenige Grundsatz jedesmal allein gelten, der der liberalere und dem Vermächtnißnehmer und dem Willen des Erblassers günstigere wäre. Sollte man ja bei einem einzelnen Grundsatze im Zweifel sein, so solle bei beiden das gelten, was bisher bei Fideicommissen galt[23]. In diesem Sinne hat denn auch seine Pandecten-Commission einzelne Stellen bereits interpolirt, z. B. L. 1 D. de leg. I. Hiernach geht

4. Das practische Resultat dahin: Zwischen Legaten und Fideicommissen besteht gar kein rechtlicher Unterschied

---

derelictum sit, liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam. Const. 1 Cod. 6. 43.

23) L. 1 D. de leg. I.: Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.

§ 3 I. 2. 20: . . necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura.

Const. 2 Cod. 6. 43: Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum est, sive directis verbis, qualis est „jubeo" forte, sive precariis utatur testator, quale est „rogo, volo, mando, fideicommitto", sive juramentum interposuerit, quum et hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente: „ἐνορκῶ", partibus autem hujusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus. Sit igitur, secundum quod diximus, ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis. Et omnia, quae naturaliter insunt legatis, et fideicommissis inhaerere intelligantur: et contra, quidquid fideicommittitur, hoc intelligatur esse legatum. Et, si quid tale est, quod non habet naturam legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur. Et sit omnibus perfectus eventus, et ex omnibus nascantur in rem actiones, ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales. Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniat, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur, et secundum ejus dirimatur naturam. Et nemo moriens putet legitimam voluntatem reprobari; sed nostro semper utetur adjutorio. Et quemadmodum viventibus providimus, ita et morientibus prospiciatur. Et si specialiter „legati" tantum faciat testator mentionem, hoc et legatum et fideicommissum intelligatur, et si fidei heredis vel legatarii aliquid committatur, hoc et legatum esse videatur. Nos enim non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus.

Cit. const. unic. § 11 Cod. 6. 51 (cf. § 83 Anm. 40).

Digitized by Google

mehr. Vielmehr wird eine Verschiedenheit in den Rechtsgrundsätzen bei Vermächtnissen, mögen sie nun Legate oder Fideicommisse heißen, lediglich begründet durch den Gegenstand. Es ist nämlich:

a. Das legatum partitionis ausgeglichen mit dem Universalfideicommiß, d. h. jedes Vermächtniß der ganzen Erbschaft oder einer Quote ist jetzt Universalfideicommiß.

b. Der Unterschied zwischen Legaten und Fideicommissen einzelner Activa ist aufgehoben. Bei beiden gilt das Gleiche (cf. Nr. I). Ueberhaupt kann man

c. zwischen Legaten und Fideicommissen practisch gar nicht mehr unterscheiden, sondern nur zwischen Singular- und Universalvermächtniß in der sub Nr. I angeführten Weise.

Wir gebrauchen daher beide Ausdrücke promiscue für Vermächtniß überhaupt und Legatar und Fideicommissar für Vermächtnißnehmer überhaupt. Manche Civilisten verstehen unter „Legat" Singularvermächtniß und unter „Fideicommiß" oder „fideicommissarische Substitution" Universalvermächtniß, oder auch solche Singularvermächtnisse, die durch mehre Hände gehen oder erst nach längerer Zeit, namentlich nach des Erben Tode, ausgezahlt werden sollen. Besser ist es mit „Legat" und „Fideicommiß" nur das zu bezeichnen, was das ältre Römische Recht darunter verstand, und für das practische Recht blos von „Vermächtnissen" zu sprechen.

D. Von den Vermächtnissen ist noch zu unterscheiden die „Schenkung Todes halber" oder „auf den Todesfall", mortis causa donatio (cf. Caput VII.). Ueber den Ausdruck „mortis causa capio" ist Caput IX. zu vergleichen.

B. Anordnung der Vermächtnisse.

§ 83.

1. Die Personen bei Vermächtnissen.

Donellus comm. lib. VIII. cap. 7—10. cap. 29. Huschke in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. VI. S. 370 ff. Bd. VII. S. 54 ff. Hermann das. S. 394 ff. Dabis, Ueber L. 17 D. de duobus reis, das. Bd. I. S. 406 ff. Gerstlacher, Zur Lehre von dem Rechtsverhältniß zwischen mehren mit einem Legate belasteten Erben und dem Legatar. Heidelberg 1853. Vangerow im civil. Arch. Bd. XXXVI. S. 221 ff. Pfordten, Abhdlg. aus d. Pandectenrecht. S. 98 ff. Ribbentropp, Zur Lehre von der Correalobligation. § 18. Westphal l. c. Cap. 4. Roßhirt l. c. Bd. I. S. 237 ff. Fein, Fortf. des Glück'schen Commentar. Bd. 44. S. 41 ff. Seuffert's Arch. IX. Nr. 311. Arndts § 542—

Digitized by Google

544. Puchta § 524—525. Brinz § 204. § 209. Nr. 2. § 213. Nr. 1. § 215. Sintenis § 209. Holzschuher S. 858—868. Böcking Ordr. III. B. § 128—129. Göschen § 1008—1009. Müller § 190. Wangerow § 520—522. Bering S. 670—675. S. 678—682. Keller § 557—558. Arndts im Rtel. l. c. S. 282—288.

Bei der Anordnung eines Vermächtnisses kommen drei Personen in Betracht:

I. Der Vermächtnißgeber, Testator.

II. Der Vermächtnißträger, Onerirte.

III. Der Vermächtnißnehmer, Honorirte.

Ad I. Vom Vermächtnißgeber.

1. Ein Vermächtniß errichten darf jeder, der überhaupt einen letzten Willen, Testament oder Codicill, machen kann, also zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses nach § 21 testamenti factio activa hat[1].

2. Eine Besonderheit tritt ein bei der Pupillarsubstitution. Dem Vater ist es nur erlaubt, Erbeinsetzungen für das Kind zu machen. Legiren kann er für das Kind nicht. Die von ihm ausgesetzten Vermächtnisse können daher nur für sein eignes Vermögen gelten[2] (cf. § 46 Nr. II. D.).

a. Hat der Vater seinen Pupillen instituirt, so gelten die aus dem Vermögen des Kindes angeordneten Vermächtnisse so weit, als die hereditas des Vaters am Todestage nach Abzug der Quarta Falcidia beträgt[3] (cf. Wangerow S. 474).

b. Ist der Pupill enterbt, der Pupillarsubstitut aber zugleich zum Erben des Vaters ernannt, so hat er die aus des Kindes Vermögen angeordneten Vermächtnisse nur so weit zu entrichten, als das Vermögen des Vaters reicht[4].

---

1) L. 2 D. de leg. I.: Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi jus habent.

L. 6 § 3 D. 29. 7: Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest. L. 8 § 2 D. eod.

L. 114 pr. D. de leg. I.: Filiusfamilias miles . . potest fideicommittere a patre, quia etiam testamentum facere potest.

L. 1 pr. D. de leg. III.: . . . non posse fideicommittere, quia nec testari potest, qui, an liceat sibi testari, dubitat.

2) L. 11 § 5 D. 35. 2: . . quoniam pater legavit de suo . . .

3) L. 11 § 5. 6. 7 l. 79. 80 l. 87 § 7 D. 35. 2 L. 1 § 3 D. 35. 3.

4) L. 94 pr. D. de leg. I.: Plane si filium impuberem exheredaverit,

Digitized by Google

c. Ist der Pupill exheredirt, und der Pupillarsubstitut nicht zum Erben des Vaters ernannt, so sind die für des Kindes Vermögen angeordneten Vermächtnisse unverbindlich[5] (cf. Vangerow S. 475).

Ad II. Vom Vermächtnißträger.

1. Mit einem Vermächtniß belastet werden, onerari, gravari, kann durch Anordnung des Erblassers jeder, der mortis causa unmittelbar oder mittelbar[6] vom Erblasser einen Vortheil erhält, daher:

a. Der Erbe ab intestato oder ex testamento, oder wer heredis ab intestati loco ist, wie der Fiscus, wenn an ihn die bona vacantia fallen[7] (cf. § 18 Nr. I.).

b. Der Vermächtnißnehmer. Es ist dann das, was letzterer wieder als Vermächtniß auszahlen soll, ein Aftervermächtniß (sublegatum, subfideicommissum)[8].

c. Jeder, der aus dem Nachlaß eine freiwillige Gabe, oder ein lucrum erhält, wie der mortis causa donatarius[9], oder wer durch einen modus Vortheil hat, oder wer dadurch etwas bekommt, daß der

---

fideicommissum legitimus heres praestare cogendus non erit, nisi idem et patri heres fuerit.

L. 10. 11 § 8 D. 35. 2.

5) L. 87 § 7 i. f. D. 35. 2: . . ne plus juris circa personam substituti testator habeat, quam habuerat in eo, cui eum substituebat.

L. 126 pr. D. de leg. I. L. 103 pr. D. de leg. III. L. 41 § 3 D. 29. 1. Const. 24 Cod. 6. 37.

6) L. 1 § 6 D. de leg. III.: Sciendum est autem, eorum fidei committi posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus, vel dum iis datur, vel dum iis non adimitur.

7) L. 1 § 7 D. eod.: Nec tantum proximi B. Poris, verum inferioris quoque fidei committere possumus. § 8. Sed et ejus, qui nondum natus est, fidei committi posse, si modo natus nobis successurus sit. § 9. . . si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit . . .

L. 114 § 2 D. de leg. I.: Qui intestato decedit, et scit bona sua ad fiscum perventura vacantia, fidei fisci committere potest.

8) pr. I. 2. 24: Potest . . per fideicommissum relinquere . . , et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium . . .

9) L. 77 § 1 D. de leg. II.: Eorum, quibus mortis causa donatum est, fidei committi . . potest.

Const. 9 Cod. 6. 43: Ab eo, qui neque legatum, neque fideic., neque hereditatem, vel mortis causa donationem accepit, nihil per fideicommissum relinqui potest.

Digitized by Google

Erbe eine ihm auferlegte Bedingung erfüllt (per mortis capionem)[10].

d. Auch die Erben der Erben und Vermächtnißnehmer[11] und der Vater, insoweit er durch das dem Kinde Hinterlassene gewinnt[12].

e. Ueber die Onerirung des Pupillarsubstituten cf. ad Nr. I. 2. a—c, wobei zu bemerken, daß die dort aufgestellten Grundsätze auch von den Intestaterben des impubes gelten[13].

f. Nicht onerirt werden kann, wer nur „fortuito, non judicio testatoris" etwas erhält[14], oder selbst gegen dessen Willen[15], oder nur das, was ihm dieser rechtlich nicht entziehen könnte[16].

Wenn gesagt wird, seinem Schuldner könne der Testator ein

---

10) L. 96 § 4 D. de leg. I.: Cui statuliber pecuniam dare jussus est, is rogari potest, ut eandem pecuniam alicui restituat. Nam quum possit testator codicillis pure libertatem dare, et hoc modo conditionem extinguere: cur non etiam per fideicommissum eandem pecuniam adimendi potestatem habeat?

11) L. 5 § 1 D. de leg. III.: Si quis non ab herede vel legatario, sed ab heredis, vel legatarii herede fideicommissum reliquerit, hoc valere . . L. 6 pr. D. eod.

12) L. 11 D. de leg. I.: Quum filiofamilias . . legatum vel hereditas datur, fidei committi patris . . potest; ac tunc demum ex persona ipsorum fideicommissum vires capit, quum ipsis, per quos commodum hereditatis vel legati patri . . quaeritur, fideicommissum relinquitur . . .
cf. Ulp. fr. XXIV. § 21 XXV. § 10.

13) L. 92 § 2 D. de leg. I.: Sicuti conceditur unicuique ab eo, ad quem legitima ejus hereditas, vel B. P. perventura est, fideicommissum dare, ita et ab eo, ad quem impuberis filii legitima hereditas vel B. P. perventura est, fideic. recte dabuntur; L. 93 quod fideic. hactenus, quatenus impubes decedat, valebit; ceterum, si pubes factus decesserit, evanescit fideicommissum.
L. 126 pr. D. eod.

14) L. 6 § 1 D. de leg. III.: Sic autem fideic. dari non poterit: „si Stichus Seji factus jussu ejus hereditatem adierit, rogo, det", quoniam, qui fortuito, non judicio testatoris, consequitur hereditatem vel legatum, non debet onerari . . .

15) L. 2 D. de leg. III.: Ex filio praeterito, licet suus heres erit, fideic. relinqui non potest.
Const. 31 Cod. 6. 42: . . ut emancipatus, utpote injuria a patre affectus, non compellatur fideic. a sua persona relictum praestare. Quod etiam in aliis personis, quas exheredari necesse est, locum habere censemus.

16) L. 114 § 1 D. de leg. I.: Si libertus ab intestato decesserit, a patrono potest usque ad partem debitam fideic. relinquere, quia si testamentum faceret, licebit ei partem debitam solam relinquere.

Digitized by Google

Vermächtniß auferlegen, so ist dies nur das Vermächtniß einer Forderung an einen Dritten, ein nomen legatum (cf. § 115 Nr. I.).

2. Für die Belastung mit Vermächtnissen gelten jedoch folgende Beschränkungen:

a. Keiner kann auf mehr onerirt werden, als ihm hinterlassen (als womit er honorirt) ist[17]. Wenn z. B. ein Vermächtnißnehmer, dem wieder ein Vermächtniß auferlegt ist, das ihm hinterlassene Vermächtniß nicht bekommt, so braucht er auch das ihm auferlegte nicht zu bezahlen, vorausgesetzt, daß ihm keine culpa zur Last fällt[18]. Es kann hier jedoch eine doppelte Ausnahme eintreten:

α. Nach Justinian soll der Erbe, wenn er nicht ein gehöriges Inventar gemacht hatte, ungeschmälert alle Vermächtnisse zahlen, ohne eine Quart abziehen zu dürfen und sogar, wenn sie den Bestand des activen Nachlasses überschreiten (cit. Nov. I. cap. 1 § 2. const. 22 § 14 Cod. 6. 30. cf. § 53 Nr. C. 6. § 62 Nr. B. 2.).

β. Wenn jemandem eine Summe vermacht ist, wogegen dieser einem Dritten eine Sache oder andre Prästation als Vermächtniß leisten soll, oder umgekehrt, so verpflichtet er sich durch die Annahme des ihm Hinterlassenen zur Prästation der ihm auferlegten Leistung[19].

b. Der Pflichttheil kann nicht mit Vermächtnissen

---

17) § 1 I. 2. 24: Hoc . . observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.

L. 114 § 3 D. de leg. I.: . . placet, non plus posse rogari quem restituere, quam ei relictum sit.

18) L. 8 pr. D. de leg. III.: Si legatarius, a quo fideicommissum datum est, petierit legatum: id tantum, quod per judicem exegerit, praestare, vel, si non exegerit, actione cedere. Ad eum enim litis periculum spectare iniquum est, si non culpa legatarii lis perierit.

19) L. 70 § 1 D. de leg. II.: Si, centum legatis, duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse. Si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum duntaxat additamentum admittetur. Nec mutanda sententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est aut poenam stipulationis imminentem evasit. Haec ita, si quantitas cum quantitate conferatur. Enimvero si pecunia accepta rogatus sit, rem propriam, quanquam majoris pretii est, restituere: non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare. Non enim aequitas hoc probare patitur, si, quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat. § 2 eod.

Digitized by Google

belastet werden. Wenn es dennoch geschieht, so ist es ein gravamen, das detrahirt wird (cf. Notherbfolge).

3. Ist es zweifelhaft, wer im concreten Falle als onerirt zu betrachten ist, so hat man zuerst zu untersuchen, ob nicht jemand als Onerirter bestimmt bezeichnet ist, ob nicht ab aliquo nominatim legatum sit[20]. Ist dies nicht geschehen, so müssen der oder die Erben auszahlen. Sind deren mehre, so sind sie mit jedem einzelnen Vermächtniß alle belastet und zwar im Zweifel nicht nach Kopftheilen, sondern pro rata hereditariae portionis. Bin ich z. B. Erbe zu $^1/_4$, so habe ich an jeden Vermächtnißnehmer $^1/_4$ seines Vermächtnisses auszuzahlen. Wer mir zu $^3/_4$ Miterbe ist, zahlt $^3/_4$[21]. Der eine haftet nicht für den andren; l. 33 pr. D. modo cit.

4. Solidarische Haftung tritt jedoch ein, wenn die Natur der den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Leistung (Untheilbarkeit) solches zur Folge hat[22] — eine legirte Realservitut z. B. muß jeder Miterbe ganz bestellen —, oder wenn Mehre alternativ, oder auch ausdrücklich in solidum belastet sind. Beides begründet eine passive Correalobligation[23]. Zahlt in solchen Fällen eine Erbe

---

20) L. 29 § 1 D. de leg. II.: Quod alicujus heredis nominatim fidei committitur, potest videri ita demum dari voluisse, si ille extitisset heres.

L. 98 D. de leg. III.: .. si quis velit non omnes heredes legatorum praestatione onerare, sed aliquos ex his, nominatim damnare debet.

21) L. 33 pr. D. de leg. II: Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit. Nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet.

L. 86 § 3 D. de leg. I.: Si fundus ab omnibus heredibus legatus sit, qui unius heredis esset, is, cujus fundus esset, non amplius, quam partem suam praestabit. Ceteri in reliquas partes tenebuntur.

22) L. 11 § 23 D. de leg. III.: Si in opere civitatis faciendo aliqui derelictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri .. § 24. Ergo et in statua et in servitute ceterisque, quae divisionem non recipiunt, idem .. Marcus rescripsit.

L. 7 D. 33. 3: Quum a pluribus heredibus ... via legata est: quia partem non recipit, singuli heredes in solidum conveniuntur, quia, et uno ex heredibus adeunte, vindicari potest.

23) L. 25 pr. D. de leg. III.: „Ille aut ille heres Sejo centum dato". Potest Sejus, ab utro velit, petere.

L. 8 § 1 D. de leg. I.: Si ita scriptum sit: „L. Titius heres meus aut Maevius heres meus decem Sejo dato", cum utro velit, Sejus aget; ut, si cum uno actum sit et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Quid ergo, si ab

Digitized by Google

das Ganze, so kann er mit der actio familiae erciscundae gegen die Miterben seinen Regreß nehmen (cf. § 65 Nr. IV. 4.).

5. Sehr streitig ist, wie zu entscheiden sei, wenn mehren Erben mit namentlicher Benennung derselben ohne Bestimmung der Theile ein Vermächtniß auferlegt ist. Die Quellen selbst widersprechen sich darüber und man hat sich vergeblich bemüht, diesen Widerspruch zu heben (cf. cit. l. 124 [Anm. 24] l. 54 § 3 D. de leg. I. l. 17 D. 45. 2 [Anm. 25]. Vangerow S. 476—485). Aus der Natur der Sache würde sich wohl folgende Entscheidung als die richtigere herausstellen.

a. Hat der Erblasser sämmtliche Erben einzeln namentlich als onerirt aufgeführt, so muß unbedenklich Onerirung nach Kopftheilen angenommen, die Last auf Alle demnach zu gleichen Theilen vertheilt werden[24].

b. Hat der Erblasser nur einzelne Erben namentlich onerirt[25], so präsumirt Arndts Kopftheile. Richtiger ist es wohl, mit Vangerow nach der Erbportion die Onerirung zu vertheilen. Schwerlich wollte hier der Erblasser den Maßstab der Onerirung bestimmen (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 284—286. Vangerow § 521 Anm. 3).

c. Hat der Erblasser seinen Erben im Allgemeinen das Vermächtniß auferlegt, und nur den einen oder anderen namentlich davon ausgenommen, so ist für die übrigen die Größe ihrer Erbtheile maßgebend[26].

---

altero partem petierit? Liberum ei erit, ab alterutro reliquum petere. Idem erit, et si alter partem solvisset.

24) L. 124 D. de leg. I.: Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent.

25) L. 54 § 3 D. de leg. I.: Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent; si vero omnes, hereditarias.

L. 17 D. 45. 2: Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo: Atilicinus, Sabinus, Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros ajunt, quia hereditas eos obligat. Idem est, quum omnes heredes nominantur.

26) Cit. l. 17 D. verb.: sive ab omnibus excepto aliquo.

L. 104 pr. D. de leg. I.: Ab omnibus heredibus legatum ita erat:

Digitized by Google

Namentlich Onerirte sind stets ohne Concurrenz onerirt. Sie allein trifft das Vermächtniß[27].

6. Fällt ein Onerirter weg, so geht das onus über auf den, der seinen Antheil erhält durch Substitution[28] oder Accrescenz[29], sofern nicht das Vermächtniß seiner Natur nach auf die besondren persönlichen Eigenschaften des Onerirten berechnet ist[30]. Wenn aber ein testamentarischer Erbe ausschlägt und als Intestaterbe antritt, also ex causa nova; ebenso wenn ein entfernterer Intestaterbe kraft der successio graduum oder ordinum einrückt in die Stelle des namentlich onerirten nächsten Intestaterben, so erlischt das Vermächtniß[31] und kann nur durch einen Umweg aufrecht erhalten werden (cf. § 90 Nr. 1. § 91 Nr. 3.).

Ad III. Vom Vermächtnißnehmer. Mit einem Vermächtniß bedacht, honorirt werden kann jeder, der testamenti factio passiva hat[32], also bei uns jede Person (cf. § 22 i. f.). Auch gilt nicht für Vermächtnisse die Beschränkung des § 7 Anm. 1 (cf. auch § 22 Nr. A. 3 i. f.).

„quisquis mihi heres erit, damnas esto Titio dare centum". Deinde infra comprehensum erat, ne unus ex heredibus ei daret. Quaeritur: reliqui heredes utrum tota centum dare deberent, an deducta unius illius hereditaria portione? Respondit, verius esse, reliquos heredes tota centum dare, quum . . et voluntas testatoris congruat.

27) Cit. l. 17 D. 45. 2 verb.: totum eos legatum debituros.

28) L. 61 § 1 D. de leg. II.: . . rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur.

29) L. 49 § 4 D. eod.: Si testator dari quid jussisset, aut opus fieri, aut munus dari: pro portione sua eos praestare, quibus pars hereditatis accresceret, aeque atque cetera legata, placet.

30) Const. unic. § 9 Cod. 6. 51: . . Sin vero talis est verborum conceptio et facti natura, ut, quod relictum est, ab alio adimpleri non possit: tunc, etsi lucrum ad aliquem pervenerit, non tamen et gravamen sequi; quia hoc neque ipsa natura concedit, neque testator voluit.

31) L. 1 § 9 D. de leg. III.: . . si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, si, illo repudiante, ad sequentem gradum devoluta sit successio: eum fideicommissum non debere rescripsit.

32) § 24 I. 2. 20: Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.

Cit. § 23 I. eod. (cf. § 22 Anm. 3) Cit. §§ 26. 27 I. eod. (cf. § 22 Anm. 7).

Gaj. II. § 218.

Digitized by Google

1. Wenn der Erblasser anordnete, daß seine Erben den Gläubiger eines Dritten befriedigen sollen, z. B. seines Neffen: wem ist vermacht worden? Es muß sich aus der der Disposition zu Grunde liegenden Absicht ergeben[33]. Im Zweifel jedoch ist der Schuldner, der liberirt werden soll, der Bedachte. Dieser kann klagend auftreten, nicht der Gläubiger[34]. Dasselbe gilt, wenn dem Erben auferlegt ist, für eine Dritte deren Ehemanne oder Verlobtem eine dos zu geben. Hier ist präsumtiv nicht der Ehemann, sondern die Dritte die Bedachte und Klagberechtigte. Ferner, wenn einem Miterben allein auferlegt wird, einem Erbschaftsgläubiger seine Forderung zu bezahlen. Hier sind präsumtiv nicht der Gläubiger, sondern die übrigen Miterben die Bedachten und die Klagberechtigten[35].

2. Jemand ist zum Erben ernannt oder mit einem Vermächtniß bedacht unter der Bedingung, einem Dritten eine Geldsumme zu zahlen: „Titius heres esto, si Sejo dederit decem". Hier ist Sejus nicht Vermächtnißnehmer[36]. Nur eine mortis causa capio liegt vor. War Titius dagegen unter dem modus, dem Sejus

---

33) L. 11 § 20 D. de leg. III.: Plerumque evenit, multorum interesse, id, quod relinquitur, verum testatorem uni voluisse honorem habitum . . .

34) L. 11 § 22 D. eod.: Interdum alterius nomen scribitur in testamento, alteri vero petitio fideicommissi . . competit. Ut puta si fidei heredis committatur, ut ipse publicum (id est vectigal) pro Titio praestet. Fideicommissum hoc . . non publicanus petit, licet ei sit adscriptum, sed ipse petere poterit, pro quo legatum relictum est. Multum autem interesse arbitror: cui volet prospectum, cujusque contemplatione testator fecerit? Plerumque autem intelligendum est, privati causa hoc fecisse, licet emolumentum publicano quaeratur.

35) L. 69 § 2 D. de leg. I.: Si testator quosdam ex heredibus jusserit aes alienum solvere: non creditores habebunt adversus eos actionem, sed coheredes, quorum interest hoc fieri. Nec solum hoc casu (cf. l. 49 § 4—6 D. de leg. I.) alius habet actionem, quam cui testator dari jussit, sed alio quoque: veluti si filiae nomine genero aut sponso dotem dari jusserit. Non enim gener, . . sed filia habet actionem, cujus maxime interest.

36) L. 8 D. 29. 4: Si quis, sub conditione dandorum decem vel qua alia, quae in dando vel faciendo fuit, heres institutus, omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem: videndum est, an huic, in cujus persona conditio collata est, subveniri debeat? Et magis est, ne subveniatur; neque enim legatarius est.

Digitized by Google

10 fl. zu zahlen, instituirt, so ist Sejus allerdings Vermächtnißnehmer[37] (cf. § 40 Nr. II.).

3. Sind Mehre alternativ mit einem Vermächtniß bedacht, so sind sie als Correalgläubiger anzusehen[38].

4. Wenn eine Sache erst dem A. ganz vermacht war und später dem B. zur Hälfte, so bekommt nach Justinian B. die Hälfte. Es wird ein partieller Widerruf angenommen; während nach den Pandecten gerechnet ward: dem A. sei ein Ganzes gegeben, dem B. eine Hälfte. Also ward 1½ vertheilt, d. i. A. bekam ⅔, B. ⅓[39].

5. Wenn Mehre zusammen auf ein und denselben Gegenstand honorirt sind, so wirkte dies im classischen Recht anders beim Eigenthums- als beim Forderungsvermächtniß. Beim erstren trat Theilung ein, concursu partes fiunt. Beim Damnationslegat dagegen bekam jeder das Ganze, einer die Sache, jeder der übrigen den Werth. Gaj. II. § 199. § 205. Ulp. fr. XXIV. § 12. § 13. Justinian hob bekanntlich jenen Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Legaten auf und erklärte, es solle immer der Grundsatz eintreten: „concursu partes fiunt“[40]. Dies ist jetzt anzunehmen, sobald die Absicht des Erblassers nicht entgegensteht (cf. § 97).

---

37) Const. 2 Cod. 6. 45: Ex his verbis: „Titio X millia vel insulam relinquo, ita ut V millia ex iis, vel eandem insulam Maevio restituat, licet antea neque legati neque fideic. petitio nascebatur, tamen in libertate hoc a . . Severo admissum est. Sed et in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex hujusmodi verbis, sive ad conditionem, sive ad modum respiciant . . fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet in conditionibus post exitum earum (cf. Cujacius obs. lib. XIV. cap. 25 ad Cod. 6. 45 opp. IX. p. 857).

38) L. 16 D. de leg. II.: Si Titio aut Sejo, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur. Si neutri, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. Nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri.

39) Const. 23 Cod. 6. 37: Manifestissimum est, eum, qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse . . a priore voluntate, voluisse autem minui eam sex uncias . . Si quis itaque vel agrum vel hereditatem reliquerit primo . . in totum, secundo . . in partem dimidiam: utrumque in sex uncias esse vel dominum rei legatae vel heredem.

40) Const. unic. § 11 Cod. 6. 51: Ubi autem legatarii vel fideic. duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc conjunctim relinquatur, ut omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat . . . Sin autem disjunctim fuerit relictum, si quidem omnes

Digitized by Google

Ist die Sache erst Einem ganz und später noch einem Andren ganz vermacht, so wird nicht präsumirt, der Testator habe das erste Vermächtniß widerrufen wollen. Also concurriren beide zu gleichen Theilen[41].

§ 84.

Von Prälegaten.

Pfeiffer, De praelegatis. Marburg. 1798. Pfeiffer verm. Aufsätze. S. 373 ff. Pfordten, De praelegatis. Erlangen 1832 Buchholtz, Zur Lehre von den Wechselegaten in Seff's Jahrb. Bd. III. Nr. 7. Buchholtz, Die Lehre von den Prälegaten. Jena 1850. Degenkolb, De legato, quod fiebat per praeceptionem. Diss. inaug. Berol. 1855. Claussen in der Schleswig-Holstein. jurist. Zeitschr. Jahrg. 1845. Heft 1. S. 144 ff. Vangerow im civil. Arch. Bd. XXXV. S. 260 ff. Arndts § 544. Puchta § 526. Brinz § 213. Sintenis § 210. Holzschuher S. 911—915. Böcking Erbr. III. B. § 130. Rostkirt Verm. Bd. I. S. 250 ff. Göschen § 835. § 1009. § 1018. Müller § 190. Nr. 2. Vangerow § 523. Vering S. 682—687. Keller § 559. Arndts im Rtsl. l. c. S. 288—290.

Der Erblasser kann auch einem der Erben selbst neben seinem Erbtheile ein Vermächtniß geben, ein praelegatum[1]. Dabei sind zwei Fälle möglich:

---

hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat, et non sibi blandiantur, ut unus quidem rem, alii autem singuli solidam ejus rei aestimationem accipere desiderent, quum hujusmodi legatariorum avaritiam antiquitas varia mente susceperit, in uno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans. Nos autem omnimodo repellimus, unam omnibus naturam legatis et fideic. imponentes, et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam. Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime et expressim disposuerit, ut uni quidem res solida, aliis autem aestimatio rei, singulis in solidum, praestetur.

41) L. 33 D. de leg. I.: Si pluribus eadem res legata fuerit .. Quodsi separatim, si quidem evidentissime apparuerit, ademtione a priore legatario facta ad secundum legatum testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet; sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire, scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est, utrumque eorum voluisse solidum accipere; tunc enim uni pretium, alii ipsa res assignatur...

1) L. 104 § 3 D. de leg. I.: Si Attio ita legatum fuerit: „quisquis mihi heres erit, damnas esto heredi Attio decem dare": deducta sua parte, Attius decem petet.

L. 17 § 2 D. eod.: Si uni ex heredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio judicis famil. ercisc., manifestum est ... Sed etsi abstinuerit se hereditate, consequi eum hoc legatum posse, constat.

Cit. l. 2 pr. D. 33. 7 (cf. Anm. 2).

Digitized by Google

I. Reines Prälegat. Er legt das Prälegat einem bestimmten unter den andren Miterben auf oder einem Vermächtnißnehmer.

Ist so mehren Erben mit einander ein Prälegat hinterlassen, so theilen sie sich darin, falls Erblasser nicht anders verfügte, nach Köpfen[2].

Das reine Prälegat ist ein gewöhnliches Vermächtniß. Besonderen Bestimmungen unterliegt es nicht.

II. Qualificirtes Prälegat oder praeceptio. Der Erblasser hat keinen bestimmten Onerirten genannt oder blos im Allgemeinen gesagt, seine Erben sollen zahlen. Dann tritt die im § 83 sub Nr. II. 3 ausgeführte Regel ein, daß alle Erben pro portione hereditaria das Vermächtniß leisten müssen. Da nun der durch das Prälegat bevorzugte Erbe selbst unter diesen Erben ist, so muß auch er am Prälegat mitzahlen. Das qualificirte Prälegat ist ein wirkliches Vermächtniß, das wie das reine Prälegat nur den Vortheil hat, daß es mit der actio famil. ercisc. geltend gemacht werden kann; cit. l. 17 § 2 D. de leg. I. (cf. Anm. 1). Bei demselben können vielfach verschiedene Fälle vorkommen, je nachdem der Prälegatar Erbe wird oder nicht, und je nachdem er Collegatare hat oder nicht.

A. Der Prälegatar wird Erbe.

1. Ohne Collegatare zu haben, z. B. A. ist auf $^1/_{12}$, B. auf $^{11}/_{12}$ instituirt und dem A. sind 1200 fl. prälegirt. Hier muß jeder Erbe zu dem Vermächtniß pro portione hereditaria contribuiren, B. muß also von dem Prälegate an A. $^{11}/_{12}$, also 1100 fl. zahlen und diese erhält A. nach dem sub Nr. I. ausgeführten Grundsatze als reines Vermächtniß. A. muß sich selbst $^1/_{12}$ am Prälegat, also 100 fl. auszahlen. Diese 100 fl., die er sich selbst auszuzahlen hätte, kann er nicht als Vermächtniß bekommen, da niemand

2) L. 67 § 1 D. de leg. I.: Si ex pluribus heredibus, ex disparibus partibus institutis, duobus eadem res legata sit: heredes non pro hereditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent (cf. Anm. 7).

L. 2 pr. D. 33. 7: Quum pater, pluribus heredibus scriptis, duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset: pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit (cf. Anm. 8).

Cit. const. unic. § 11 Cod. 6. 51 (cf. § 83 Anm. 40).

Digitized by Google

sich selbst ein Vermächtniß schulden oder zahlen, also Honorirter und Onerirter in einer Person sein, oder überhaupt sich selbst etwas schulden oder zahlen kann[3]. Er behält diese 100 fl. also eben inne, aber nicht als Theil des Prälegats, nicht jure legatarii, sondern als Theil seiner Erbportion, jure heredis[4]. Er hat hiernach von dem Prälegat 100 fl. als Erbe, titulo universali, und 1100 fl. als Vermächtniß, titulo singulari. Die 100 fl. sind als Vermächtniß ungültig. Gültig sind nur 1100 fl. prälegirt. Dies kann bei der Berechnung der Quarta Falcidia und des Pflichttheils sehr von Wichtigkeit sein (s. unten). Ist dem Prälegatar die fideicommissarische Substitution seines Erbtheils an einen Dritten aufgegeben, so muß er jene 100 fl., d. i. dasjenige vom Prälegat, quod a semetipso ei relictum est, mit restituiren[5] (s. unten).

2. Während er Collegatare hat, Miterben oder extranei.

a. Sämmtliche Erben sind zugleich Prälegatare. Z. B. A. ist zu $^1/_{12}$, B. zu $^{11}/_{12}$ instituirt; und dem A. und dem B.

---

3) L. 18 D. de leg. I.: . . quamvis a semetipso inutiliter legatum fuisset.

L. 34 § 11 D. eod.: Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semetipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est, ad collegatarium pertinebit.

L. 116 § 1 D. eod.: Heredi a semetipso legatum dari non potest, a te coherede potest. Itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario, duobus extraneis concurrentibus, non amplius tertia parte. Extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem et ab alio herede trientem vindicabunt (cf. Anm. 9).

4) L. 18 § 2 D. 34. 9: Pro parte heres institutus praedii legatum acceperat et in hereditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat. Quamquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi . . .

L. 1 § 6 D. 43. 3: Qui vero ex causa praeceptionis, utique tenetur hoc interdicto: sed pro ea scilicet parte, quam jure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet.

5) L. 18 § 3 D. 36. 1: Si legatum heredi sit relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit. Ceterum, quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit.

Digitized by Google

(als zweien Collegataren) ist der fundus Cornelianus prälegirt und zwar an sich zu gleichen Theilen. Hier gilt nun wiederum die obige Regel: „A semetipso inutiliter legatur heredi". Es tritt jedoch eine neue Regel hinzu: „Id, quod a semetipso inutiliter heredi legatum est, pertinet ad collegatarios (cit. l. 34 § 11 D. de leg. I.). Die Anwendung dieser Regel führt zu höchst seltsamen Resultaten. Hier hat also wieder A. $^1/_{12}$, B. $^{11}/_{12}$ (jeder pro port. hered.) am Prälegat zu contribuiren. Das von A. zu contribuirende $^1/_{12}$ wird zu gleichen Theilen an A. und B., also an jeden zu $^1/_{24}$ fallen. B. kann diese $^1/_{24}$ jure legati erwerben, A. aber nicht, weil er es an sich selbst zu zahlen hat. Nach jener zweiten Regel fällt dies $^1/_{24}$, das dem A. selber deferirt ist, vielmehr an den B.; es accrescirt ihm. A. muß folglich an B. jure legati sein ganzes $^1/_{12}$ abtreten. Auf gleiche Weise wird mit dem $^{11}/_{12}$ des B. verfahren. Die $^{11}/_{12}$ werden zu gleichen Theilen an A. und B., also an jeden zu $^{11}/_{24}$ fallen. A. kann diese $^{11}/_{24}$ jure legati erwerben, B. aber nicht, weil er sie an sich selbst zu zahlen hat. Deshalb tritt auch hier dieselbe Accrescenz ein. Auch diese $^{11}/_{24}$ fallen jure accrescendi an A., und so muß B. seine vollen $^{11}/_{12}$ jure legati an A. abtreten[6].

So wird nun zwar das ganze Prälegat als Vermächtniß aufrecht erhalten. Kein Theil davon fällt zusammen als inutiliter relictum. Allein dies geschieht dadurch, daß man dem Erben einen Theil dessen nimmt, was ihm gebührt und es dem Collegatar giebt, dem es nicht gebührt. Dabei kommt denn die hypersubtile Unnatur heraus: Je größer die Erbportion des Erben, der am Prälegate Theil nimmt: um so kleiner sein wirklicher Antheil am Prälegat. A. war instituirt zu $^1/_{12}$ und erhält vom Prälegat $^{11}/_{12}$: während B., der zu $^{11}/_{12}$ Erbe ist, vom Prälegat nur $^1/_{12}$ erhält. Jene Argumentation der Römischen Juristen widerstrebt der natürlichen Billigkeit. Das Resultat derselben wird in der Regel ganz gegen den Willen des Erblassers sein. Ihren Grund hat sie darin, daß das Legat auf jus strictum beruhte, ohne Rücksicht auf den Willen des Testators. Wir würden, nach den von Justinian sanctionirten Grundsätzen über

6) L. 34 § 12 D. eod.: Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis et iis fundus legatus sit: unciarum heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

Digitized by Google

Fideicommisse, kein Resultat annehmen können, das dem Willen des Erblassers gradezu widerspricht.

Auch in solchen Fällen übrigens, wo drei oder mehre Erben vorhanden sind, welchen zugleich gemeinsam ein Prälegat vermacht ist, tritt das erwähnte Accrescenzrecht der Collegatare ein. Z. B. A. ist auf $^1/_4$, B. auf $^1/_4$, C. auf $^1/_2$ instituirt und allen Dreien der fundus Cornelianus prälegirt. Die drei Erben sollen als Vermächtniß zahlen:

a) A. an			b) B. an			c) C. an		
A.	B.	C.	A.	B.	C.	A.	B.	C.
$^1/_{12}$	$^1/_{12}$	$^1/_{12}$	$^1/_{12}$	$^1/_{12}$	$^1/_{12}$	$^2/_{12}$	$^2/_{12}$	$^2/_{12}$

Ungültig vermacht ist hiervon: unter a) das $^1/_{12}$ des A., unter b) das $^1/_{12}$ des B., unter c) die $^2/_{12}$ des C. Gültig vermacht ist demnach an A. $^3/_{12}$, an B. $^3/_{12}$, an C. $^2/_{12}$.

Jure accrescendi fällt nun

α. das dem A. ungültig vermachte $^1/_{12}$ an B. und C. und zwar an B. $^3/_{60}$, an C. $^2/_{60}$;

β. das dem B. ungültig vermachte $^1/_{12}$ an A. zu $^3/_{60}$ und an C. zu $^2/_{60}$.

γ. Von den dem C. ungültig vermachten $^2/_{12}$ fällt an A. $^1/_{12}$ und an B. $^1/_{12}$. Definitiv also erhält A. $^{22}/_{60}$, B. $^{22}/_{60}$, C. $^{14}/_{60}$.

b. Nur einige Erben sind zugleich Prälegatare. Z. B. in obigem Beispiel ist der fundus Cornelianus nur dem B. und dem C. prälegirt. Hier wird ganz wie oben verfahren. Also, es zahlen

a) A. an		b) B. an		c) C. an	
B.	C.	B.	C.	B.	C.
$^1/_8$	$^1/_8$	$^1/_8$	$^1/_8$	$^2/_8$	$^2/_8$

Ungültig ist hiervon: unter b) das $^1/_8$ des B., unter c) die $^2/_8$ des C. Gültig vermacht ist demnach an B. $^3/_8$, an C. $^2/_8$.

Jure accrescendi fällt nun

α. das dem B. ungültig vermachte $^1/_8$ an C.,

β. die dem C. ungültig vermachten $^2/_8$ an B.

Definitiv erhalten also B. $^5/_8$, C. $^3/_8$.

Die l. 67 § 1 D. de leg. I.[7], welche von Kopftheilen spricht, ist gar nicht auf einen Fall des qualificirten Prälegats zu beziehen.

7) Cit. l. 67 § 1 D. de leg. I. (cf. Anm. 2).

Digitized by Google

L. 2 pr. D. 33. 7 dagegen[8] ist zwar auf einen Fall des qualificirten Prälegats zu beziehen. Allein was sie sagt, ist in vorstehender Berechnung bereits befolgt. Sie sagt: Die Prälegatare erhalten diejenigen Prälegatsantheile, welche ihnen von ihren Miterben deferirt werden, nach Kopftheilen. Ueber das Schicksal derjenigen Prälegatsantheile, welche ihnen aus ihren eigenen Erbtheilen deferirt werden, spricht sie sich nicht aus. Befolgt aber ist die Kopftheilung, indem wir vorstehend den A. an B. und an C. je $^1/_3$ zahlen ließen. Diese beiden $^1/_3$ sind auch im Schlußresultat ungeschmälert enthalten. In den $^5/_6$ des B. steckt das $^1/_3$, was er von A. erhielt: wie das gleiche $^1/_3$ in den $^2/_3$ des C. enthalten ist. Auch bei dem, was ursprünglich B. und C. hergegeben, ist vorstehend die Kopftheilung befolgt: B. an B. und C. je $^1/_3$, C. an B. und C. je $^2/_3$. Hier ist nur der weitre Verbleib dieser Kopftheile ein andrer.

c. Extranei und sämmtliche oder nur einzelne Erben sind Prälegatare. Auch hier greift das Accrescenzrecht der Collegatare Platz[9]; cit. l. 34 § 11 D. de leg. I. Z. B. A., B. und C. sind ex aequis partibus als Erben instituirt. Außerdem ist dem A. und B. und dem extraneus D. ein Vermächtniß hinterlassen. Hier ist zunächst die Größe der ursprünglich gültigen Vermächtniß-Antheile zu bestimmen. Darnach fallen denn auf A. und B. je $^2/_9$, auf D. aber $^2/_9$, d. i. das ganze ursprüngliche $^1/_2$. Das $^1/_9$, das dem A. abgeht, fällt nun so an B. und D., daß B. davon zwei Theile $= {}^2/_{45}$, D. aber drei Theile $= {}^3/_{45}$ erhält. In demselben Verhältniß accrescirt das dem B. abgehende $^1/_9$ dem A. und dem D. Im Ganzen entsteht also folgendes Resultat:

$$A. = {}^2/_9 + {}^2/_{45} = {}^{12}/_{45} = {}^4/_{15}.$$
$$B. = {}^2/_9 + {}^2/_{45} = {}^{12}/_{45} = {}^4/_{15}.$$
$$D. = {}^2/_9 + {}^3/_{45} = {}^{21}/_{45} = {}^7/_{15}.$$

B. Der Prälegatar wird nicht Erbe.

1. Schlägt er die Erbschaft aus, so erhält er das Vermächtniß von den Erben grade so, wie wenn er von Anfang an nur als Vermächtnißnehmer berufen gewesen wäre[10]. Nichts erhält er, wenn die

8) Cit. l. 2 pr. D. 33. 7 (cf. Anm. 2).
9) Cit. l. 116 § 1 D. de leg. I. (cf. Anm. 3).
10) Cit. l. 17 § 2 D. de leg. I. (cf. Anm. 1).
Const. 12 Cod. 6. 37: . . Filiae mater praedium ita legavit: „prae-

Digitized by Google

Erbschaftsantretung ausdrücklich vom Testator zur Bedingung für die Erwerbung des Prälegats gemacht war[11]. Die Bedingung der Erbeinsetzung gilt im Zweifel auch für das Prälegat[12] (cf. jedoch Vangerow Bd. II S. 124 not. b. Buchholtz l. c. S. 283 ff.).

2. Stirbt er, ohne angetreten zu haben, so erhalten seine Erben das Vermächtniß nicht ganz, auch wenn er der einzige Vermächtnißnehmer war und post diem legati cedentem verstarb. Derjenige Theil des Prälegats nämlich, den er sich selbst als Erben auszuzahlen gehabt haben würde, ist ihm gültig nur sub ea conditione hinterlassen, daß er nicht Erbe wird. Wenn er nun die Erbschaft ausschlägt, so erlebt er eben damit den Eintritt der Bedingung. Stirbt er aber, so hat er diesen Eintritt nicht erlebt. Es ist folglich conditio deficiens. Seine Erben haben daher auf diesen Theil des Prälegats keinen Anspruch[13].

Allgemeiner Rechtssatz: Das Prälegat ist unabhängig von der Erbschaft. Folgerungen:

a. Man kann die Erbschaft ausschlagen und das Prälegat erwerben (cf. Nr. B. 1).

---

cipito sumito extra partem hereditatis". Quum hereditati matris filia renuntiasset, nihilominus eam recte legatum vindicare visum est.

L. 91 § 2 i. f. D. de leg. I.: . . quod, si heres, cui legatus fuerat, hereditatem non adiisset, solidum ab altero herede consequi possit.

L. 18 D. als Fortf. von l. 17 § 2 D. cit.: et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semetipso inutiliter legatum fuisset.

11) L. 88 D. de leg. I.: Sed si non alias voluit pater habere eum legatum, nisi hereditatem retineat, tunc neque adversus coheredem dandam ei legati petitionem . . constat . . .

L. 27 § 14 L. 55 § 3 D. 36. 1.

12) L. 18 § 1 D. 28. 7: Hac ratione et Papinianus scribit, quum avia nepotem sub conditione emancipationis pro parte heredem instituit, et postea codicillis scriptis hoc amplius ei legavit, quam quod heredem eum instituit, repetitam videri conditionem emancipationis etiam in legato, quamvis in legato nullam, ut in hereditate, substitutionem fecisset.

L. 77 pr. D. 35. 1.

13) L. 75 § 1 D. de leg. II.: Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit. Partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes ejus transmitti.

Digitized by Google

b. Wenn mehren Miterben gemeinsam ein Prälegat gegeben ist, so theilen sie im Zweifel nach Köpfen, nicht nach Erbtheilen (cf. Nr. A. 2. c.).

c. Wer indignus ist für die Erbschaft, ist deshalb noch nicht indignus für das Prälegat[14].

d. Wer dem Erben substituirt ist auf die Erbschaft, ist es deshalb noch nicht auf das Prälegat[15].

e. Der abstinirende suus und der in integrum restituirte voluntarius hören auf, Erbe zu sein, während sie das Prälegat behalten[16].

2. Form der Anordnung der Vermächtnisse.

§ 85.

a. Von Codicillen im Allgemeinen.

Inst. de codicillis (2. 25). Dig. de jure codicillorum (29. 7). Cod. de codicillis (6. 36).

Dans, De externa codicillorum forma commentatio. Lips. 1835. Derselbe, Ueber die äußre Form der Codicille, in der Gieß. Zeitschr. Bd. IX. Nr. 8. Marezoll, Const. 28 Cod. 6. 23 in Grolman's Magaz. Bd. IV. 11. 1. Löhr, Codicill des Blinden im civil. Arch. Bd. II. Nr. 14. 1. Derselbe, Ueber const. 8 § 3 Cod. 6. 36 (Oeffentliches Codicill u. dgl.) das. Nr. 14. 2. Fein im Glück'schen Commentar. Bd. 44 und Bd. 45 S. 1 ff. Schrader, Ad § 12 I. 2. 23. G. L. Boehmer, De quatuor modis conficiendi codicillos; in Elect. Tom. I. Nr. 8. Watermeyer, Das Oralfideicommiß und dessen Verhältniß zum Erbvertrag. Bremen 1838. Säptitz, Ueber den Beweis eines dem Fiduciar vom Testator mündlich aufgelegten Fideicommisses. Braunschweig 1804. Kräwel, Ueber Inhalt und Form der nach einem Testament errichteten und in demselben zum Voraus bestätigten Codicille, im civil. Archiv. Bd. XXXXIII. S. 58 ff. Seuffert's Arch. II. Nr. 315. IV. Nr. 66. V. Nr. 38. VIII. Nr. 72. IX. Nr. 52. Arndts § 545. Puchta § 523. Brinz § 188.

---

14) Cit. l. 18 § 2 D. 34. 9 (cf. Anm. 4).

15) L. 32 D. de leg. III.: Sextiam filiam ex quadrante, ex reliquis Sejum et Marcium, sororis filios, scripsit heredes; Sextiam substituit Marcio et Marcium Sextiae, dedit autem per praeceptionem certas species; Marcius partem hereditatis, ex qua scriptus erat, omisit, et eo intestato defuncto bona ejus ad fratrem legitimum Sejum devoluta sunt; quaesitum est: an Sextia ex substitutione etiam haec, quae praelegata Marcio erant, jure substitutionis a legitimo herede defuncti sibi vindicare possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, Sextiam in legatis, quae Marcio data sunt, substitutam non esse.

16) Cit. l. 17 § 2 D. de leg. I. (cf. Anm. 1).

L. 87 D. eod.: Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit. Durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate. L. 89 D. eod.

Digitized by Google

§ 210. Sintenis § 206. Böcking Ordr. III. B. § 134. § 135. Holzschuher S. 874—881. S. 885—888. Mayer § 18—23. § 29. Göschen § 909—1005. Müller § 183. Vangerow § 526. 528. Bering S. 606—704. 709—710. Keller § 555—556. Witte im Rtsl. Art. Codicill. Bd. 2. S. 670—682. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 290—292.

Drei Rechtsgeschäfte können ein Vermächtniß erzeugen: Testament, Codicill und Oralfideicommiß.

I. Testament. Vermächtnisse jeder Art, Singular- sowohl, als Universalvermächtnisse können im Testament errichtet werden (cf. § 20).

II. Codicill. Der Codicill ist die eigenthümliche Bestellungsform der Vermächtnisse. Ein Codicill ist ein minder feierlicher letzter Wille. Er kann grade das nicht enthalten, was ein Testament zum Testament macht, nämlich Erbeinsetzung, Substitution, Enterbung[1]: codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest; cit. § 2 I. 2. 25. Eine im Codicill angeordnete Pupillarsubstitution wird als Fideicommiß aufrecht erhalten (cf. § 43 Anm. 6). Wohl aber kann der Codicill Vermächtnisse und sonstige für den Inhalt eines letzten Willens außerwesentliche Anordnungen enthalten (cf. § 20 i. f.). Auch konnte man sich im Testament für einen Codicill die Bestätigung, oder Nennung, oder die Bestimmung der Portion eines Erben vorbehalten (cf. § 41 Nr. III).

A. Es giebt zwei Hauptarten von Codicillen, codicilli testamentarii und ab intestato[2]. Neben einem Testament hinterlassene Codicille, welche entweder vor oder nach dem Testamente errichtet sind, sind testamentarische Codicille. Codicille, neben denen kein Testament errichtet ist, sind Intestatcodicille. Dort müssen die Testamentserben, hier die Intestaterben den Inhalt des Codicills erfüllen. Die codicilli testamentarii können sein:

1. Confirmati, d. h. wenn sie im Testament ausdrücklich bestätigt sind. Sie können sein confirmati in praeteritum und in

---

1) Gaj. II. § 273.
Cit. § 2 I. 2. 25. Cit. const. 14 Cod. 6. 23 (cf. § 20 Anm. 4).
L. 10 D. 29. 7 L. 76 D. 36. 1 L. 6 pr. D. 29. 7.

2) § 1 I. 2. 25: Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et ab intestato quis decedens fideicommittere codicillis potest . . .

L. 8 § 1 D. 29. 7: . . fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus . . .

L. 3 pr. D. eod.: Si quis, quum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa . . dedit, . . fideicommissa praestari debent . . .

Digitized by Google

futurum, je nachdem nämlich die Codicille dem Testamente vorausgegangen sind und in demselben vom Testator bestätigt werden, oder wenn der Testator in seinem Testamente sich vorbehält, künftig noch Codicillardispositionen zu treffen[3].

2. Non confirmati, d. h. wenn sie im Testamente gar nicht erwähnt sind.

Stellen wir die einzelnen Arten neben einander, so entstehen die vier Classen, die Paulus in cit. l. 8 pr. D. h. t. aufführt, ohne zwischen genus und species zu unterscheiden.

B. Der Gegensatz zwischen codicilli ab intestato et testamentarii und testamentarii confirmati et non confirmati zeigt sich in Folgendem practisch:

1. Die Intestatcodicille setzen die Intestaterbfolge voraus, und haben selbstständige Kraft. Die Intestaterben sind belastet und zwar ist es gleichgültig, wer ab intestato succedire, ob der nächste Intestaterbe oder ein entfernterer, ob ein zur Zeit der Codicillerrichtung bereits Geborener, oder jemand, der damals noch nicht geboren war[4]. Hat der Testator im Codicill jedoch bestimmte Personen belastet, so sind nur diese, oder diejenigen, die jure accrescendi oder auf ähnliche Weise an ihre Stelle treten, gebunden; cit. l. 1 § 9 D. de leg. III. l. 61 § 1 D. de leg. II. cit. l. 49 § 4 D. eod. (cf. § 83 Nr. II. 6 Anm. 28. 30. 31).

2. Die testamentarischen Codicille, mögen sie im Testament bestätigt sein, oder nicht, stehen, fallen und convalesciren mit dem Testament, an das sie sich anschließen[5]. Wichtig

---

3) L. 8 pr. D. h. t.: Conficiuntur codicilli quatuor modis. Aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum; aut per fideicommissum, testamento facto, aut sine testamento.

Ulp. fr. XXV. § 8 § 11. Const. 6 Cod. 6. 36.

4) L. 16 D. 29. 7: Ab intestato factis codicillis, relicta etiam postea natus intestati successor debebit. Quicunque enim ab intestato successerit: locum habent codicilli. Nam unus casus est, nec interest, qui succedat, dum intestato succedat. Ad testamentum autem, quod quoquo tempore fecisset, pertinent codicilli . . ., intestato patrefamilias mortuo, nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent. Testamento autem facto, jus sequuntur ejus.

5) L. 3 § 2 D. 29. 7: Testamento facto, etiamsi in eo codicilli confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi codicillis nullius momenti erit.

Digitized by Google

ist die Ausnahme in Novelle 115, wo ein Testament fallen kann und doch die Codicille bestehen (s. unten).

3. Die in einem testamentarischen Codicill, namentlich in einem bestätigten, getroffenen Anordnungen sind so anzusehen, als wären sie im Testament selbst gemacht[6]. Fein nennt dies die codicillarrechtliche Fiction (cf. Fein l. c. S. 232 ff.). Nur in bestätigten Codicillen konnte man, wie in Testamenten, Legate[7] und Freilassungen[8] anordnen. Eine darin angeordnete Tutel bedurfte nicht erst gerichtlicher Bestätigung, tutela testamentaria perfecta[9].

4. Nicht bestätigte Codicille konnten blos Fideicommisse enthalten[10]. Eine Tutel mußte gerichtlich bestätigt werden.

Für uns ist dieser Unterschied verschwunden.

C. Was die Form der Errichtung betrifft, so verstand man unter Codicillen zu Kaiser August's Zeiten formlose Briefe, in denen Fideicommisse angeordnet werden. Jede Niederschrift genügte, wie auch jede mündliche Bitte an den Erben. Eine Niederschrift ward jedoch die gewöhnlichere Form der Fideicommisse. Als nun aber die Gerichtsbarkeit über Fideicommisse an die ordentlichen Gerichte überging, ward das Bedürfniß einer Form nöthig. Constantin forderte daher im J. 326 zur Gültigkeit eines Intestatcodicills als Förmlichkeit septem testium vel quinque interventum[11]. Durch Theodosius II. ist diese Verordnung generalisirt und für alle

---

L. 14 D. eod.: . . quod codicilli pro parte testamenti habeantur, observationemque et legem juris inde traditam servent.

Cit. l. 16 D. eod.: . . codicilli . . . testamento facto, jus sequuntur ejus.

6) L. 2 § 2 D. h. t.: Codicillorum jus singulare est, ut, quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent.

7) Gaj. II. § 270 Ulp. fr. XXV. § 8.

§ 10 I. 2. 23: . . quum alioquin legata, nisi ex testamento, non valeant.

8) L. 43 D. 40. 4.

9) L. 3 pr. D. 26. 2: . . tutores accipere debemus . ., qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt.

10) Cit. Gaj. II. § 270: . . fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest.

11) Const. 1 Cod. Theod. 4. 4: In codicillis, quos testamentum non praecedit, sicut in voluntatibus testamenti, septem testium vel quinque interventum non deesse oportet, . . ut testantium successiones sine aliqua captione serventur.

Digitized by Google

Codicille die Zuziehung von fünf Zeugen bestimmt[12]. Im Justinianischen und heutigen Recht sind zu unterscheiden die ordentlichen und die außerordentlichen Codicillarformen.

1. Ordentliche Codicillarformen.

a. Vor fünf Zeugen. Der Erblasser kann einen Codicill errichten, mündlich oder schriftlich, codicilli nuncupativi vel scripti, vor fünf fähigen Zeugen. Hierbei hat er, bis auf die Zahl der Zeugen, alles zu beobachten, was bei Errichtung eines Privattestaments zu beachten ist; nur daß beim schriftlichen Codicill die Zeugen nur zu subscribiren, nicht zu signiren haben[13]. Die Nothwendigkeit der Unterschrift ergiebt sich aus Justinian's const. 28 § 1 i. f. Cod. 6. 23 verb.: et sit testamentum validum, et codicillus, si quinque testium literae testatoris scripturae adunentur, in sua firmitate remaneat.

Abgesehen von diesen Erleichterungen gilt die Testamentsform. Daher auch die Form der öffentlichen Testamente auf Codicille anwendbar ist. Auch Codicille können zu gerichtlichem Protocoll erklärt, oder dem Gericht als Depositum übergeben werden (cf. § 27 Nr. III. A. B.).

Früher behauptete man, bei bestätigten Codicillen seien gar keine Zeugen nöthig. Dies ist aber ein historisches Mißverständniß, indem man Pandectenstellen, also aus der Zeit vor Constantin, citirt. Damals aber wurden alle Codicille ohne Zeugen errichtet. Auch die R. N. O. v. 1512, Tit. de test. § 2 verlangt ganz allgemein die Zeugen, vgl. auch cit. const. 8 § 3 Cod. verb.: in omni voluntate excepto testamento.

---

12) Const. 7 § 2 Cod. Theod. 4. 4 (in der Ausgabe von Hänel): In omni genere testamenti . . ., seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur, id volumus observari, ut eodem die, quo coeptum quid fuerit, et perfectam sui plenitudinem sortiatur, nihilque ejus in diem alterum differatur. Quod quidem nullam habeat firmitatem, nisi aut septem aut quinque, vel rogati aut qui fortuitu venerint, possint testimonium perhibere.

13) Const. 8 § 3 Cod. 6. 23: In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati, vel qui fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi, sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur, testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.

Digitized by Google

b. Oralfideicommiß (fideicommissum heredi [legatario] praesenti injunctum). Nach einer Verordnung Justinian's[14] giebt es aber eine noch viel einfachere Form. Diese besteht darin, daß der Erblasser dem zu Onerirenden persönlich ein Singular- oder Universalvermächtniß auferlegt, also entweder mündlich, oder dadurch, daß er die schriftliche Anordnung ihm einhändigt von Hand zu Hand, von Person zu Person, ohne Dazwischenkunft eines Dritten, eines Boten. Dies ist jedoch sehr bestritten; cf. bes. Puchta Vorl. Bd. II S. 425—426. Vangerow § 528 Anm. 1. gegen Mayer l. c. S. 116 ff. S. 158.

Wer in einem concreten Erbfalle Oralfideicommissar zu sein behauptet, hat dem angeblich Onerirten, der das Oralfideicommiß leugnet, über die geschehene Errichtung nach Justinian's Bestimmung den Eid zu deferiren, unter Ausschluß andrer Beweismittel. Der Deferent selbst muß jedoch auf Verlangen das juramentum calumniae leisten. Der Eid darf nicht zurückgeschoben werden. Durch Verweigerung des Eides ist die Existenz des Vermächtnisses festgestellt. Nur diese Existenz übrigens soll durch den Eid festgestellt, die Höhe des Vermächtnisses kann auch auf andre Weise bewiesen werden.

Das Oralfideicommiß ist ein mißrathenes Product Justinian's (cf. Sintenis l. c. not. 14). Die neueren Gesetzgebungen haben es daher mit Recht gestrichen. Nur im preußischen Landrecht ist

---

14) Const. 32 Cod. 6. 42: . . voluntati mortuorum prospicientes sancimus: si, sine scriptura et praesentia testium fideicommisso derelicto, fideicommissarius elegerit heredis juramentum, vel forsitan legatarii vel fideicommissarii, quoties ab eo relictum est fideicommissum sive universitatis, sive speciale, necesse habere heredem vel leg. seu fideic., prius jurejurando de calumnia praestito, vel sacramentum subire . .; vel si recusandum existimaverit sacramentum . . omnimodo exactioni fideicommissi subjacere et eum ad satisfactionem compelli, quum ipse sibi judex et testis inveniatur, cujus religio et fides a fideicommissario electa est, nullis testibus, nullisque aliis adventiciis probationibus requisitis. Sed sive quinque sint testes, sive minores, vel nemo, causam per illius sacramentum vel dandum vel recusandum suam habere tam firmitatem, quam exactionem . . .

Hiermit ist zu verbinden § 12 I. 2. 23: . . constitutionem fecimus, per quam disposuimus: si testator fidei heredis sui commisit, ut vel hereditatem vel speciale fideic. restituat, et neque ex scriptura, neque ex quin-

Digitized by Google

ein Rest geblieben. Dasselbe duldet Vermächtnisse bis zu $^1/_{10}$ des Vermögens ohne alle Form.

2. Außerordentliche Codicillarformen.

a. Ein blinder Erblasser kann sich der Form der fünf Zeugen nicht bedienen, sondern hat volle Testamentsform zu beobachten[15] (cf. § 33 Nr. 2).

b. Wer codicillarische Verfügungen blos in Beziehung auf seine Descendenten treffen will, z. B. einzelnen derselben Prälegate geben, Bestimmungen treffen über Collation und über Theilung der Erbschaft u. s. w., hat nur einen schriftlichen Aufsatz zu errichten, der von ihm oder von allen bei der Sache betheiligten Descendenten unterschrieben wird; cit. Nov. 18 cap. 7. Nov. 107 cap. 3 (cf. § 30 Nr. II. Anm. 5).

c. Auch sonstige privilegirte Codicille müssen angenommen werden. In derselben privilegirten Form, in der man testiren kann, kann man überall auch Codicille errichten, z. B. der Soldat auf dem Feldzuge[16].

D. Ueber Ungültigkeit von Codicillen gelten mit fünf Abweichungen dieselben Grundsätze, wie über die Ungültigkeit von Testamenten[17].

1. Rumpirt werden kann ein Testament nur durch ein neueres (cf. § 47 Nr. III. 3. a.). Codicille dagegen können nuda voluntate aufgehoben werden.

2. Der Erblasser kann gültig auch mehre Codicille hinterlassen.

---

que testium numero . . possit res manifestari . . . si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius jusjurandum ei detulerit, quum prius ipse de calumnia juraverit: necesse eum habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale a testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi . . solutionem coarctari . . Eadem observari . ., et si a legatario vel fideic. aliquid similiter relictum sit . . .

15) Const. 8 Cod. 6. 22 R. R. O. l. c. § 11 (cf. § 33 Anm. 1. 2).

16) L. 8 § 4 D. 29. 7: . . codicilli militiae tempore facti non debent referri ad testamentum, sed jure militari valent.

17) L. 7 pr. D. h. t.: . . veluti si ante captivitatem quis codicillos confirmaverit et in captivitate codicillos scribat, nam non valent; idem est, si aliquo modo jus testamenti faciendi desierit habere.

Digitized by Google

Diese gelten sämmtlich neben einander[18]. Bei einem Widerspruch geht der neuere dem älteren vor[19].

3. Deshalb sind Codicille auch vereinbar mit einem Testamente (cf. Nr. II. A.).

4. Wenn nach einem Codicille ein Testament gemacht wird, so bleibt der Codicill im Zweifel bestehen. Papinian[20] fordert zur fortdauernden Gültigkeit des Codicills stets confirmatio im nachfolgenden Testament. Dies ist jedoch durch Rescripte aufgehoben[21] (cf. § 92 Nr. II).

5. Ein nichtiges Testament mit Codicillarform gilt noch nicht als Codicill, z. B. ein Testament vor sieben Zeugen, von denen einer untauglich ist. Der Testator kann dies jedoch durch eine Clausel bestimmen (cf. § 86).

§ 86.

b. Insbesondere von der Codicillarclausel.

Stryk, De clausula codicillari. Fref. 1670 (in diss. Tom. I. Nr. 18). Hellfeld, De effectu claus. codic., testam., quod rumpitur, adjectae (in opusc. et diss. jur. civ. Nr. XVIII.). Sickel (praes. Einert), De vi clausulae codicillaris in testamento nullo. Lips. 1829. Heisler, Von der Wirkung der stillschweigenden Codicillarclausel, in den jurist. Abhdlg. Bd. I. Seuffert, Einige Bemerkungen über die Codicillarclausel, und die Auslegung letzter Willen, veranlaßt durch den Städelschen Beerbungsfall. Würzburg 1828. Degener in der Gieß. Zeitschr. Bd. XVIII. Nr. 13. Römer im civil. Arch. Bd. XXXVI.

---

18) L. 6 § 1 D. 29. 7: Codicillos et plures quis facere potest et ipsius manu neque scribi, neque signari necesse est.

§ 3 I. 2. 25.

19) Const. 3 Cod. 6. 36: Si . . matrem diversis temporibus ac dissonis voluntatibus duos codicillos ordinasse: in dubium non venit, id, quod priori codicillo inscripserat, per eum, in quem postea secreta voluntatis suae contulerat, si . . contrariam voluntatem continet, revocatum esse.

20) L. 5 D. 29. 7: Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quoque indicio (Vulg. judicio) retineatur, sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit.

21) § 1 I. 2. 25: Sed quum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. Sed . . rescripserunt: „ex iis codicillis, qui testamentum praecedunt, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui postea testamentum fecit, a voluntate, quam codicillis expresserat, non recessisse“.

Digitized by Google

Nr. 2. Fein l. c. im § 85. Bd. 45 S. 184 ff. Roßhirt Vermächt. Bd. 1. S. 45 ff. Mayer § 23—28. Arndts § 546. Holzschuher S. 881—885. Göschen § 1005. Sangerow § 527. Bering S. 704—709. Keller § 555. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 293 (cf. auch die zu § 85 cit. Schriftsteller).

Ein nichtiger letzter Wille, der sich für ein Testament und nicht etwa für einen Codicill erklärt, kann in der Weise nichtig sein, daß, erklärte er sich für einen Codicill, er rechtsbeständig wäre, weil er den geringeren Requisiten des Codicills genügt, z. B. wenn es an der Erbeinsetzung fehlt, oder wenn von beigezogenen sieben Zeugen sechs fähig sind, einer unfähig ist, oder wenn niemand aus dem letzten Willen Erbe wird, etwa wegen Todes des Eingesetzten vor dem Erblasser oder weil der Eingesetzte ausschlägt.

Ein solcher nichtiger letzter Wille ist ein nichtiges Testament (cf. § 49 Nr. I B. C. D.) und nicht ein rechtsbeständiger Codicill. Ein rechtsbeständiger Codicill ist er nur dann, wenn er sich eventuell für einen Codicill erklärt. Diese eventuelle Erklärung für einen Codicill ist die clausula codicillaris. Dieselbe liegt ausdrücklich vor, wenn der Testator erklärt: „falls sein Testament aus irgend einem Grunde als Testament nicht zu Recht bestehen würde, so solle es wenigstens als Codicill aufrecht erhalten werden". Implicite liegt sie vor, wenn er entweder sagt: „den Inhalt seines Testaments wolle er auch von seinen etwaigen Intestaterben beachtet wissen" oder: „sein letzter Wille solle auf jede mögliche Weise, unter jeder Bedingung, aufrecht erhalten werden"[1] oder endlich: „er füge hiermit die Codicillarclausel an".

---

1) L. 41 § 3 D. 28. 6: .. si patris testamentum .. non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est...

L. 1 D. 29. 7: .. Rescriptum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse.

L. 29 § 1 D. 28. 1: Ex his verbis, quae scripturae paterfamilias addidit: „ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας" („hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit") videri eum voluisse omnimodo valere ea, quae reliquit, etiam si intestatus decessisset.

L. 88 § 17 D. de leg. II.: „L. Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo juris perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime minusve perite fecero:

Digitized by Google

Ist die Codicillarclausel weder ausdrücklich noch implicite ausgesprochen, so ist sie eben nicht vorhanden. Subintelligirt wird sie nicht (cf. Vangerow l. c. Anm. 1).

Die Codicillarclausel verschafft also dem bezeichneten nichtigen Testament die Kraft eines rechtsbeständigen Codicills. Sie bildet einen Fall der Conversion der Rechtsgeschäfte, d. i. das beabsichtigte ungültige Geschäft wird in das in demselben liegende anderweitige gültige Geschäft umgewandelt.

Die Folgen davon, daß ein letzter Wille, der als Testament nichtig ist, als Codicill aufrecht erhalten wird, sind:

I. Erbeseinsetzungen (Institutionen wie Substitutionen) und Exheredationen sind als solche nichtig. Erbeseinsetzungen werden aber als Universalfideicommisse aufrecht erhalten, d. h. die Instituirten können von den unten sub Nr. III. anzuführenden Erben ihr Erbtheil als Universalvermächtniß fordern.

II. Der übrige Inhalt des Testaments, soweit derselbe auch in einem Codicille gültig hätte angeordnet werden können, wie Errichtung von Vermächtnissen, Vormundschaftsernennungen u. s. w. (cf. § 20), bleibt unverändert gültig.

III. Die Erbschaft bekommen nun als Erben:

A. Wenn der Erblasser früher ein Testament gemacht hatte, das ja durch das neue nichtige nicht aufgehoben werden konnte (cf. § 49 Nr. III. 3. b.), die in jenem älteren Testament Instituirten.

B. Wenn kein solches vorhanden oder aus anderen Gründen wieder aufgehoben worden ist, so wird den Intestaterben deferirt.

Diese Erben haben den im nichtigen Testamente Eingesetzten deren Erbtheil als Universalvermächtnisse auszuzahlen, können dabei aber die Quarta Trebelliana abziehen. Ebenso haben sie die sub

---

pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas". Deinde heredes instituit. Quaesitum est, intestati ejus B. Pione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt? Respondi . . . , posse.

Const. 8 § 1 Cod. 6. 36: Illud . . servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus. Nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, veluti ex codicillis, ultimam voluntatem: nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere. Illo electionis videlicet jure perdurante, ut qui ex testamento agere voluerit, ad fideicommissum migrare non possit.

Digitized by Google

Nr. II. angeführten Verfügungen zu erfüllen[2]; cit. l. 88 § 17 de leg. I.

Wer sich aus einem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente klagend Rechte zuschreibt, hat sich bindend zu erklären, ob er den letzten Willen als Testament oder als Codicill anerkannt wissen will. Hat er die Wahl getroffen, so kann er dieselbe nicht mehr ändern[3]. Ein jus variandi haben nur agnatische Descendenten und Ascendenten bis zum vierten, sowie cognatische Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grade einschließlich[4].

3. Inhalt der Vermächtnisse.

§ 87.

a. Im Allgemeinen.

Glück, Ad fragm. Jul. Paul. ex libro ejus V ad leg. Jul. et Pap., quod extat in l. 49 § 2 D. de leg. II. Erl. 1817. Bachofen, Ausgewählte Lehren. Nr. 7. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 224—236. Arndts § 547. Puchta § 528. Brinz § 208. 212. Sintenis § 217. Böcking Grvr. III. B. § 137. Göschen § 1010. Vangerow § 525. Müller § 192. Bering S. 688—692. Keller § 562. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 294.

I. Gegenstand von Vermächtnissen sind alle Arten von Vermögensrechten, wodurch der Bedachte reicher wird, und zwar unter wesentlich gleichen Bedingungen, wie an ihnen eine obligatio möglich ist. Der Erblasser kann vermachen, wem er will und beliebige Modalitäten dem Vermächtniß beifügen (cf. § 37 Nr. I. II.) und Alles vermachen, was in die Kategorie eines Vermögensrechts fällt, also das

---

2) L. 12 § 1 D. 28. 3: Si paganus, qui habebat jam factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset: „fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent", omnimodo prius testamentum ruptum est. Quo rupto, potest quaeri: an vice codicillorum id valere deberet? Et ... universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fideic., sed et libertates et heredis institutio.

L. 2 § 4 D. 29. 7: Hereditas, testamento inutiliter dato, non potest codicillis quasi hereditas confirmari. Sed ex fideicommisso petitur, salva ratione legis Falcidiae.

3) Const. 8 pr. Cod. 6. 36: .. si testator, faciens testamentum, in eodem „pro codicillis etiam id valere" complexus sit: qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens, se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse ... § 1 i. f. cit. in Anm. 1.

4) Const. 8 § 2 Cod. h. t.

Digitized by Google

Eigenthum einer einzelnen Sache, wobei es auch in der Regel gleichgültig ist, ob die vermachte Sache dem Erblasser gehört oder nicht (cf. § 107), das Eigenthum einer Summe oder Quantität, jura in re, Forderungen, Dienstleistungen, auch den gesammten Nachlaß oder eine Quote davon (cf. § 82 Nr. I. II.). Nur muß es stets eine factisch mögliche und rechtlich zulässige Leistung sein, die dem Beschwerten auferlegt wird. Die Auflage wie auch ihr Gegenstand müssen hinreichend bestimmt sein, so daß es nicht blos in der Willkühr des Beschwerten steht, ob er etwas und was er geben wolle[1] (cf. § 35 Nr. IV).

Bei den Römern war ungültig das Vermächtniß an einer Sache, die gesetzlich dem commercium entzogen war, sei es dem allgemeinen[2] oder dem des Vermächtnißnehmers[3]. Gültig dagegen war es, wenn die Sache blos außerhalb des Onerirten commercium war[4]. Im letztren Falle war das Vermächtniß, auch wenn der Vermächtnißnehmer an der Sache für seine Person kein commercium haben sollte, wenigstens dann gültig, wenn die Sache eine fremde war. Hier hatte der Vermächtnißnehmer Anspruch auf Auszahlung des Werthes[5]. Dasselbe Recht gestand man dem Vermächt-

---

1) L. 69 § 4 D. 23. 3: Gener a socero, dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate, stipulatus fuerat. Arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit, nec videri simile, quod, fundo non demonstrato nullum esse legatum vel stipulationem fundi, constaret: quum inter modum constituendae dotis et corpus ignotum differentia magna sit . . .

2) § 4 I. 2. 20: . . Sed si talis res est, cujus non est commercium, nec aestimatio ejus debetur: sicuti si campum Martium vel templa . . vel quae publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius momenti legatum est.

L. 39 § 8—10 D. de leg. I.

3) L. 49 § 2 D. de leg. II.: Labeo refert, „agrum, cujus commercium non habes, legari tibi posse", Trebatium respondisse. Quod merito Priscus Falcinus falsum esse ajebat.

L. 34 D. 45. 1: . . Si stipuler rem, cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet . . .

4) L. 49 § 3 D. de leg. II.: Sed Proculus, si quis heredem suum eum fundum, cujus commercium is heres non habeat, dare jusserat ei, qui ejus commercium habeat, putat, heredem obligatum esse — quod verius est — vel in ipsam rem, si haec in bonis testatoris fuerit, vel si non est, in ejus aestimationem.

5) L. 40 D. de leg. I.: Sed si res aliena, cujus commercium le-

Digitized by Google

nißnehmer dann zu, wenn seine Erwerbfähigkeit im concreten Falle durch gewisse factische Hindernisse ausgeschlossen war[6]. Ueber den scheinbaren Widerstreit der L. 49 § 2 D. und L. 40 D. de leg. I. cit. cf. Vangerow § 525 Anm. 1.'

Bei den Römern war indeß eine Reihe von Sachen dem Verkehr entzogen, welche bei uns allerdings Gegenstand des Verkehrs und des Privateigenthums sein können, z. B. die res divini juris, die res publicae und die res universitatis im engeren Sinne (cf. Wächter Württemb. Privatr. Bd. II S. 280—287). Dagegen sind bei uns hie und da gewisse Gegenstände entweder — und zwar aus polizeilichen Gründen — unbedingt dem Verkehr und dem Privateigenthum entzogen, wie Gifte, Windbüchsen u. s. w., oder nur bedingt d. i. in Bezug auf gewisse Classen von Personen. So z. B. können Ausländer, hin und wieder noch jetzt Juden, Grundeigenthum nicht erwerben, von welcher Erwerbunfähigkeit hie und da die Regierung dispensiren kann. Ist in solchen Fällen jemandem ein Pfund Arsenik, oder einem Ausländer ein Grundstück vermacht, so ist das Vermächtniß bei uns nicht nichtig, sondern sein Gegenstand besteht in dem Geldwerth der vermachten Sache.

II. In einer Reihe einzelner Titel haben die Quellen verschiedene Arten von Vermächtnissen besonders herausgehoben und daran besondre Erörterungen über solche Vermächtnisse geknüpft, weil die respectiven Vermächtnisse wegen ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit und wegen ihres mannigfaltigen Inhalts und Zwecks besondre Entscheidungen nothwendig machen. Diese Entscheidungen enthalten theils etymologische Untersuchungen, theils eine Interpretation der betr. Anordnung unter Eruirung des wahrscheinlichen Willens des Erblassers (cf. § 106).

---

gatarius non habet, ei, cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur: puto aestimationem deberi.

6) L. 114 § 5 D. de leg. I.: Si quid alicui licite fuerit relictum, vel jus aliud, quod ipse quidem propter corporis vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam, habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit: quanti solet comparari, tantam aestimationem accipiet.

Digitized by Google

§ 88.

b. Substitution bei Vermächtnissen.

Nov. 159.

Retes, De fideic. perpetuo fam. relict., in Meermann thes. VII. p. 625 sq. Franc de Gouttes (praes. Malblanc), De fideicommissis superfuturi. Tubingae 1806. Winckler, De fideic. familiae rerum mobilium in Opusc. T. II. pag. 60 sq. Heimbach in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. V. S. 42 i. f. Marezoll, Nov. 159 in Löhr's Magazin. Bd. IV. S. 203 ff. Löhr das. S. 545 ff. Pfeiffer, Pract. Ausführungen III. S. 54 ff. Eichhorn, Deutsches Privatrecht § 370. Kraut, Grdr. des Deutschen Privatr. 3. Ausgabe. § 311—316. Arndts § 549. Puchta § 527. Brinz § 211. Holzschuher S. 915. 989—996. Sintenis § 209. Böcking, Grdr. III. B. § 131. Vangerow § 524. Bering S. 675—678. Keller § 560. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 295—296.

Bei einem und demselben Vermächtniß können mehre Honorirte vorkommen und zwar auf verschiedene Weise.

I. Sie können nebeneinander gestellt werden. Dann heißen sie Collegatare und erhalten im Zweifel gleiche Theile (cf. § 97 Nr. B.).

II. Sie können nach einander gestellt sein. „Für den Fall, daß A. das ihm hinterlassene Vermächtniß nicht erwerben wird, z. B. weil er vor mir stirbt oder es ausschlägt, soll B. es haben". Dies ist die gewöhnliche Substitution angewandt auf Vermächtnisse[1] (cf. § 43 i. f.). Wie bei Erbesernennungen die Substitution eine bedingte Institution ist (cf. § 44 Nr. 1.), so ist dies ein bedingtes Vermächtniß.

III. Das successive Vermächtniß (fideicommissum successivum). Dies ist vorhanden, wenn ich bestimme: (Beispiel α.) „Ich vermache mein Haus dem A. Wenn er es zwei Jahre besessen hat, soll es B. haben", oder: (Beispiel β.) „Mein Erbe soll dem A. ½ meines Nachlasses als Universalfideicommiß herausgeben. Nach des A. Tode soll dies ½ an B. fallen, nach des B. Tode an C. u. s. w.". In solchen Fällen erwirbt zunächst der erste Honorirte, also exempl. cit. A. das Vermächtniß. Ist es eine Sache, so erwirbt er Eigenthum

1) L. 50 pr. de leg. II.: Ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis. Videamus, an idem fieri possit, et quum mortis causa donabitur, ut id promittat ille alteri, si ipse capere non poterit. Quod magis est; quia in posterioris quoque personam donatio confertur.

Const. 6 Cod. 6. 37: Si legata relicta primus legatarius agnovit, substitutio eorum, in persona Pontianae facta, evanuit.

Cit. const. unic. § 7 Cod. 6. 51 (cf. § 43 i. f.).

Digitized by Google

daran, welches jedoch durch Veräußerungsunfähigkeit beschränkt ist, und post certum tempus ipso jure erlischt. Post tempus erwirbt B. das Vermächtniß u. s. w. Im Beispiel β. erwerben jedoch B., C. u. s. w. nur dann, wenn sie ein jeder den Tod ihres Vorgängers erleben. Schulden desselben haben sie nicht zu übernehmen.

Die Römer nennen dies „in secundum casum legatum", auch wohl Substitution[2] (cf. § 43). Es ist jedoch keine eigentliche Substitution, da hier vorausgesetzt wird, daß der zuerst Honorirte das Vermächtniß wirklich erwerbe. Hier sind vielmehr zwei, drei u. s. w. selbstständige Vermächtnisse vorhanden: das erste mit einem dies ad quem, das zweite mit einem dies ex quo (cf. § 37 Nr. I. B.).

Der neuere Sprachgebrauch hat für dies successive Vermächtniß vorzugsweise den Namen „Fideicommiß" beibehalten (cf. § 82 Nr. C. 4. c.).

In dieser Weise kann auch ein sogenanntes römisch-rechtliches Familienfideicommiß (fideicommissum familiae relictum) errichtet werden.

A. In seiner einfachsten Form ist es ein Vermächtniß, das der Testator, welcher Fremde zu Erben ernennt, seiner Familie hinterläßt ohne Bezeichnung der Personen. Solches Vermächtniß erhielten die nächsten Agnaten des Erblassers ausgezahlt. Nach Justinian würden es die nächsten erbfähigen Cognaten bekommen, oder in deren Ermanglung ein etwaiger Schwiegersohn. Durch einmalige Auszahlung ist hier die ganze Disposition erfüllt[3].

B. Oder der Erblasser ordnet an, eine bestimmte Sache, die der Erbe bekommt, solle dieser nicht aus der Familie veräußern. Auch an

---

2) L. 77 § 13 D. de leg. II.: „Volo praedia dari libertis meis. Quodsi quis eorum sine liberis vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo". Collibertum patris eundemque filium ex voluntate substitutionem excludere, placuit.

3) L. 32 § 6 D. de leg. II.: In fideicommisso, quod familiae relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes hos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.

L. 69 § 4 D. eod.: Si quidam sint postea emancipati, tractari potest, an hi quoque recte fideicommissum petant. Et puto, recte petituros: quoniam familiae appellatione personae quoque hae demonstratae intelliguntur.

Const. 5 Cod. 6. 38.

Digitized by Google

die entferntesten Familienglieder kann hier der Erbe veräußern, nur nicht an Fremde. Veräußerungen an Fremde, die er dennoch vornimmt, gelten für die Familienglieder als nicht geschehen. Ihre Rechte werden dadurch nicht geschmälert. Sie können vindiciren[4]. Familienglieder, welche in die Veräußerung an Fremde einwilligen, verlieren ihren Anspruch auf das Fideicommiß. Durch die Einwilligung aller wird daher das Fideicommiß aufgehoben[5]. Letztwillig braucht der Erbe die Sache nicht dem nächsten Familiengliede zu hinterlassen, sondern nur einem Familiengliede. Disponirt er nicht letztwillig über die Sache, so fällt sie nach seinem Tode an das nächste Familienglied, bez. an gleich nahe Glieder gemeinsam und zwar entweder in capita oder pro parte hereditaria. Auch wenn ihn Fremde beerben, fällt diese Sache an die Familie des Testators zurück[6]. Geräth der Erbe bei Lebzeiten in Con-

---

4) L. 77 § 27 de leg. II.: Libertis praedium reliquit, ac petiit, ne id alienarent, utque in familia libertorum retinerent. Si excepto uno ceteri partes suas vendiderint: qui non vendidit, ceterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet.

Const. 11 Cod. 6. 42: Quotiens ab omnibus, qui, alienatione facta, ad fideicommissi petitionem adspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus alii consenserint: contractus auctoritas convelli nequaquam potest.

5) Modo cit. const. 11 Cod. L. 120 § 1 D. de leg. I.: Omnibus, quibus fideic. relictum est, ad distractionem consentientibus, nullam fideicommissi petitionem superfuturam.

6) L. 114 § 14 D. de leg. I.: . . rescripserunt, eos, qui testamento vetant, quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu . . dispositum est, nullius momenti esse scripturam . . . Quodsi liberis aut posteris . . consulentes ejusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse. Sed haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse. Nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur. § 15. Quum pater filio herede instituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommisit, ne fundum alienaret et ut in familia relinqueret . . . eum fundum extraneo legavit . . rescripserunt, verum esse, non paruisse voluntati defuncti filium. § 16. Sed et si quum duos exheredavit, unum heredem instituit, fundum extraneo legavit, putat Marcellus, posse exheredatos petere fideicommissum . . . § 17. Sed si omnes filii heredes instituti sint, ex disparibus partibus: non possunt petere fideicommissum ex minore parte scripti, ut viriles, non hereditarias partes in eo habeant. Verum est enim, in familia reliquisse, licet uni reliquisset. § 18. Item si unum heredem instituisset, nec quidquam legasset, exheredati nihil interim, quamdiu in familia res est, petere possunt.

Digitized by Google

curs, so haben seine Gläubiger nur auf die Revenüen des Fideicommisses Anspruch, jedoch nur bis zu seinem Tode[7].

C. Das Römische Recht kennt aber auch schon ein fortdauerndes, sich wieder erneuerndes Fideicommiß, errichtet durch die letztwillige Anordnung, daß eine bestimmte Sache, Summe oder Nachlaßquote beständig als Vermächtniß in des Testators Familie bleiben und von einer Hand in die andre gehen solle. Uebrigens beruht es auf den bisherigen Regeln. Namentlich kann der jedesmalige Besitzer es auch einem entfernteren Familiengliede zuwenden inter vivos oder mortis causa. Eine bestimmte Successionsordnung ist hier nicht vorgeschrieben; auch nicht gerade vorgeschrieben, daß stets nur ein Einziger das ganze Fideicommiß haben solle. Falls der Inhaber nicht anders letztwillig verfügt, geht der proximus den sequentes vor. Sobald der proximus Erbe wird, hat er den sequentes Caution zu stellen auf die demnächstige Herausgabe[8].

Justinian verbot, einzelne Nachlaßgegenstände viele Generationen hindurch dem öffentlichen Verkehr zu entziehen. Sobald daher dies Fideicommiß auf die vierte Generation vom Testator abwärts vererbt ist („post quatuor generationes seu successiones"), soll in der Hand des vierten Inhabers der Gegenstand aufhören, Fideicommiß zu sein und dessen freies Eigenthum werden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wenigstens dann, wenn jener einen unmündigen Vorgänger hatte[9]. Diese Anordnung Justinian's wird von den meisten Civilisten verworfen. Auch ist die cit. Novelle nicht glossirt.

---

7) L. 69 § 1 D. de leg. II.: Praedium, quod nomine familiae relinquitur, si non voluntaria facta est alienatio, sed bona heredis veneant, tamdiu emtor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortis ejus non habiturus, quod exter heres praestare cogeretur.

8) L. 67 pr. D. de leg. II.: Unum ex familia propter fideicommissum, a se, quum moreretur, relictum, heres eligere debet.. § 2. Itaque si . . forte tres ex familia essent ejus, qui fideicommissum reliquit, eodem vel dispari gradu: satis erit, uni reliquisse.

L. 69 § 3 D. eod.: Fratre herede instituto, petiit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur. Si non paruerit heres . . sed domum alienaverit . . . omnes fideicommissum petunt, qui in familia fuerunt. Quid ergo, si non sint ejusdem gradus? Ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus. Nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum laedi debet. Sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit, cavere, se familiae domum restituturum.

9) Nov. 159 cap. 2.

Digitized by Google

Für das eigenthümliche sehr ausgebildete Familienfideicommiß des Deutschen Rechts mit vorgeschriebener Successionsordnung sind die römisch-rechtlichen Bestimmungen nicht maßgebend (cf. Germanicum).

C. Ungültigkeit der Vermächtnisse.

§ 89.

1. Regula Catoniana.

Dig. de his, quae pro non scriptis habentur (34. 8). Dig. de regula Catoniana (34. 7).

Balduinus, Ad regulam Catonianam, in Heineccii Jurisprud. Rom. et Att. T. I. p. 417—432. Harnier, De regula Catoniana. Heidelberg 1820. Arndts, Ueber die Catonianische Regel im Rh. Mus. Bd. V. Nr. 9. Güyet, Ueber die Anwendung der Catonianischen Regel auf Vermächtnisse einzelner Sachen in s. Abhdlg. Nr. 5. Müller, Besteht die Catonianische Regel in unsrem heutigen Recht noch fort? im civil. Arch. Bd. XIV. Nr. 13. Roßhirt, Einige Worte über die regula Catoniana, das. Bd. X. Nr. 14. Arndts § 550. Puchta § 522. Brinz § 222. Sintenis § 212. Böcking Grdr. III. B. § 128. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 413 ff. Göschen § 1006. Müller S. 774. Vangerow § 540. Keller Instit. § 343. Pand. § 585. Bering S. 714—718. Arndts im Rtsl. Bd. 6 S. 296—297.

Die regula Catoniana sagt: Ein Vermächtniß, welches zur Zeit der Errichtung ungültig ist, wird später nicht gültig, auch wenn beim Tode des Erblassers sich die Umstände so geändert haben, daß es jetzt gültig errichtet werden könnte[1].

Der Jurist M. Porcius Cato stellte diese Regel auf. Eingeführt ward sie für Legate, ausgedehnt auf Fideicommisse. Sie gilt auch im Justinianischen und heutigen Recht.

Diese Regel ist die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes auf die Vermächtnisse, des Satzes nämlich, daß, was von Anfang an nichtig ist, also ungültig errichtet wurde, durch spätere Aenderung der Umstände in der Regel nicht convalescirt[2] (cf. Savigny Syst. Bd. IV. S. 555). Dieser Grundsatz galt für alle testamentarische Ver-

---

1) L. 1 pr. D. 34. 7: Catoniana regula sic definit: „quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret: id legatum, quandocunque decesserit, non valere.“ Quae definitio in quibusdam falsa est.

2) L. 29 D. 50. 17: Quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere nequit.

Digitized by Google

fügungen[3], namentlich auch für Erbeinsetzungen[4]. Für Legate ward diese Regel so präcis ausgedrückt, um den Zweifel zu beseitigen, was bei Legaten der Moment des initium sei: ob Errichtungs- oder Todeszeit? Für Erbeinsetzungen war diese besondere Fassung des obigen allgemeinen Grundsatzes kein Bedürfniß; denn bei ihnen verstand es sich ganz von selbst, daß das initium der Augenblick der Testamentserrichtung war (der ursprünglichen familiae venditio an den Erben bei dem Mancipationstestamente). Daher heißt es denn auch in L. 3 D. 34. 7: Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.

Um zu beurtheilen, ob ein Vermächtniß gültig oder ungültig hinterlassen ist, muß man sich denken, der Erblasser wäre sogleich nach errichtetem Testament verstorben. Wäre zu dieser Zeit das Vermächtniß ungültig, so bleibt es ungültig. Als Hauptfall der Ungültigkeit zu dieser Zeit wird erwähnt, wenn die vermachte Sache dem Vermächtnißnehmer schon gehört[5]. Andre Stellen[6] betreffen Fälle, wo ich meinem Erben auferlege, an seinen filiusfamilias oder seinen Sclaven

---

3) L. 201 D. eod.: Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statim eventus capiunt, si initium sine vitio ceperint.

4) L. 210 D. eod.: Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere nequit.

5) Const. 3 Cod. 6. 37: Proprias tuas res legari .. tibi non potuisse, manifestum est.

§ 10 I. 2. 20: Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum, quia, quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa, nec aestimatio ejus.

L. 41 § 2 D. de leg. I.: .. Et si quidem ab initio nonconstitit legatum, ex postfacto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si existentis conditionis tempore mea non sit.

L. 4 D. 34. 7: Placet, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere.

6) Gaj. II. § 244 245. Ulp. fr. XXIV. § 23. § 32 I. 2. 20: An servo heredis recte legemus? quaeritur. Et constat, pure inutiliter legari, nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia, quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non ideo debet valere, quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur, ut requiramus, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit.

Digitized by Google

ein Vermächtniß zu zahlen. Dies Vermächtniß war nichtig, weil der Sohn nichts Eigenes erwarb, auch gegen den Vater Forderungen nicht haben konnte. Ward nun auch der filiusfamilias vor des Erblassers Tode emancipirt, so blieb das Vermächtniß doch nach wie vor nichtig. Dies ist für uns Antiquität. Heute ist solches Vermächtniß von Anfang an gültig, seitdem der Haussohn eignes Vermögen haben kann.

I. Ein Vermächtniß erwirbt der Vermächtnißnehmer und transmittirt es auf seine Erben, wenn er den dies cedens erlebt, d. i. den Todestag des Erblassers, oder beim bedingten Vermächtniß den Eintritt der Bedingung[7] (cf. § 95 Nr. B. 1). Nach der regula Catoniana soll ein Vermächtniß nur dann gültig sein, wenn der Honorirte dasselbe sofort gültig hätte erwerben können, auch wenn der Testator unmittelbar nach der Errichtung gestorben wäre. Daraus folgt: solche Vermächtnisse, die ihrem Zwecke nach nicht gleich mit dem Tode des Testators erworben werden, also die suspensiv bedingten (cf. § 95 Nr. B. 1), fallen gar nicht unter die Regel[8]. Daher der Grundsatz in cit. l. 3 D. 34. 7.

Hieraus haben Manche schließen wollen, daß bei bedingten Vermächtnissen sich die Frage ihrer Gültigkeit stets nach dem Zeitpunct des Erwerbes richte. Daher sei es z. B. nicht nöthig, daß der Honorirte schon im Zeitpuncte der Errichtung die erforderliche persönliche Fähigkeit, bedacht zu werden, besessen habe. Es genüge vielmehr, wenn er diese Fähigkeit im Zeitpunct des Erwerbes, also wenn die Bedingung eintritt, besitzt. Diese Ansicht ist irrig[9]. Die regula Catoniana be-

---

7) L. 5 pr. D. 36. 2: Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. § 1. Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit . . § 2. Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta; ne quidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii.

8) L. 41 § 2 D. de leg. I.: . . Purum . . legatum Catoniana regula impedit, conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.

Cit. § 32 I. 2. 20 (cf. Anm. 6).

9) L. 59 § 4 D. 28. 5: Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est: heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit, aut, si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit. Idem et in legatis . . .

Digitized by Google

zieht sich nicht auf den Mangel der testamenti factio des Honorirten, sondern nur auf solche Mängel der Vermächtnißgültigkeit, die in andren Umständen, als in subjectiven Rücksichten ihren Grund haben. Vermacht mir jemand aus Versehen eine mir bereits gehörige Sache und zwar pure und ich veräußre noch bei Lebzeiten des Testators dieselbe, so wird das Vermächtniß hinterher dennoch nicht gültig, weil die regula Catoniana entgegensteht (cf. § 107). Wäre dieselbe mir aber bedingt hinterlassen und ich hätte dieselbe veräußert, ehe die Bedingung eintrat, so würde ich nun von den Erben die Sache, resp. ihren Werth als Vermächtniß fordern können, weil die regula Catoniana bedingte Vermächtnisse nicht trifft (cf. § 107).

II. Bei manchen Vermächtnissen aber, die zwar mit dem Tode des Erblassers sofort erworben werden, also eigentlich unter die regula Catoniana fallen müßten, gilt der Satz: „regula Catoniana in quibusdam falsa est“[10], d. i. die Regel wird hier als unpassend nicht zur Anwendung gebracht. Hierher gehören Vermächtnisse unter einer solchen Bedingung, die schon vor dem Tode des Testators oder wenigstens durch den Tod des Erblassers erfüllt sein müssen[11]. Z. B. jemand errichtet am 1. December ein Vermächtniß unter der Bedingung: „wenn er den nächsten 1. Januar erlebe“. Hier würde die Anwendung der Catonianischen Regel dahin führen, daß ein solches Vermächtniß niemals gültig werden könnte, wenn auch die Bedingung einträte. Es soll ja fingirt werden, der Testator sei gleich nach der Errichtung gestorben. Fingirt man dies exemplo cit., so wäre die Bedingung ja nicht eingetreten, das Vermächtniß mithin ungültig. Allein da dies offenbar widersinnig und gegen Erblassers Willen wäre, so nehmen hier selbst die Römischen Juristen an, man müsse sich über die regula Catoniana hinwegsetzen.

---

10) Cit. l. 1 pr. D. h. t. (cf. Anm. 1).

11) L. 1 § 1 D. 34. 7: Quid enim, si quis ita legaverit: „si post kalendas mortuus fuero, Titio dato“, an cavillamur? Nam hoc modo, si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum, verius est, quam inutiliter legatum. § 2. Item, si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris: legatum tibi debetur. Quod non deberetur, si testator statim decessisset.

L. 2 D. eod.: Sed et si sic legaverit: „si filia mea Titio nupta erit“, sufficere visum est, si mortis tempore nupta inveniatur, licet testamenti facti tempore fuerit impubes.

Digitized by Google

Man streitet noch besonders darüber, ob überhaupt die ganze Regel auf eigentliche Fideicommisse angewandt ist. Oft leugnet man dies und bestreitet damit die ganze heutige Gültigkeit der Regel (cf. Sintenis l. c. not. 6).

Solche Regeln des Civilrechts aber sind auch auf Fideicommisse angewendet, nur dann nicht, wenn sie dem offenbaren Willen des Testators widersprechen würden. Jedenfalls aber beweisen die fortdauernde practische Anwendbarkeit der Catonianischen Regel bei allen Arten von Vermächtnissen zahlreiche Stellen, deren Aufnahme in die Justinianische Compilation hätte unterbleiben müssen, wenn Justinian und die Compilatoren die Anwendbarkeit der Regel auch auf Fideicommisse nicht beabsichtigt hätten. Cit. l. 1—4 D. h. t. l. 41 § 2 D. de leg. I. § 10 I. 2. 20 (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 297. Puchta Vorl. Bd. II. S. 424).

§ 90.

2. Wegen Ungültigkeit des Testaments.

Dig. Si quis, omissa causa testamenti, ab intestato vel alio modo possideat hereditatem (29. 4). Cod. Si omissa sit causa testamenti (6. 39).

Francke, Wann werden Vermächtnisse ungültig durch das Wegfallen des damit Beschwerten? nebst Bemerkg. zum Accrescenzrechte in s. Beiträgen I. S. 136 ff. Arndts § 552. 553. Puchta § 534. Brinz § 222. Sintenis § 212. Holzschuher S. 941. Böcking Grdr. III. B. § 139. Mühlenbruch-Glück Bd. 43 S. 449 ff. Göschen § 1003. 1027. Müller S. 777. Vangerow § 539. Vering S. 712—714. Keller § 496. 583. 584. Arndts im Rtsl. Bd. 6 S. 301—303.

Regel ist: Von Haus aus ungültig ist das Vermächtniß, wenn der letzte Wille, auf dem es beruht, von Haus aus nichtig ist (cf. § 49 Nr. I. i. f.). Wenn derselbe, von Haus aus gültig, hinterher erlischt, so erlischt damit auch das Vermächtniß[1]. Dies tritt namentlich ein,

1) L. 2 § 3 D. 29. 7: Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex hujusmodi codicillis nullius momenti erit.

L. 1 § 1 D. de leg. III.: .. quia nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet ....

L. 181 D. 50. 17: Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur.

Const. 14 Cod. 6. 42: Tunc enim locum habet, quod regulariter traditur: ea, quae in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hereditas, non valere..

Digitized by Google

wenn Testator die testamenti factio verliert (cf. § 49 Nr. IV.), wenn er die Testamentsurkunde zerstört (cf. § 49 Nr. III. 1.), oder in solenner Weise das Testament widerruft (cf. § 49 Nr. III. 2.). Daran ändert auch der Umstand nichts, daß nun etwa dieselben Personen ab intestato erben, welche das Testament als Erben bezeichnete[2].

Ausnahmen:

1. Die Vermächtnißnehmer sollen gegen die Chicane derer gesichert sein, die, wenn sie die ex testamento ihnen deferirte Erbschaft ausschlagen, dennoch in solchem Verhältniß zum Erblasser sich befinden, daß dieselbe ihnen nun ab intestato deferirt wird. Schlagen sie aus, so wird das Testament destitut (cf. § 49 Nr. V.) und die Folge ist an sich, daß die Vermächtnisse, die das Testament anordnet, zusammen fallen. In der Ausschlagung hätten sie also ein bequemes Mittel, sich sämmtlicher Vermächtnisse zu entledigen, die Vermächtnißnehmer also um das ihnen Zugewendete zu bringen. (Per fraudem, in necem legatariorum omittit hereditatem, seu causam testamenti.) Um dem vorzubeugen giebt der Prätor im Edictum Si quis omissa causa etc. den gefährdeten Vermächtnißnehmern eine eigene Klage auf Auszahlung der Vermächtnisse und zwar:

a. Gegen jeden, der in der böswilligen Absicht[3], die Vermächtnisse zu vereiteln, nicht aus einem andren Grunde[4],

---

2) L. 81 D. de leg. II.: Si quis testamento facto a filiis suis, quos heredes instituisset, fideic. reliquisset, non ut a legitimis heredibus, sed ut a scriptis, et testamentum aliquo casu irritum factum sit, filii ab intestato venientes fideicommissa ex testamento praestare compelli non possunt.

3) L. 1 pr. D. 29. 4: Praetor voluntates defunctorum tuetur, et eorum calliditati occurrit, qui, omissa causa testamenti, ab intestato hereditatem partemve ejus possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas; et in eos actionem pollicetur. § 6. Praetermittere est causam testamenti, si quis repudiaverit hereditatem. § 13. Si quis per fraudem omiserit hereditatem, ut ad legitimum perveniat, legatorum petitione tenebitur.

L. 4 D. eod.

4) L. 6 § 3 D. 29. 4: . . nam sive invenerit, testatorem hujus rei auctorem esse, ipsumque permisisse ab intestato succedere, aut si qua alia justa causa omittendi intervenerit: utique non dabit actionem in eum legatorum.

L. 8 § 9 D. 5. 2. 77 L. § 31 D. de leg. II.

Digitized by Google

entweder durch Ablehnung[5] der Erbschaft oder auch wohl durch absichtliche Nichterfüllung einer Potestativbedingung[6] den Nichterwerb des ihm deferirten Erbrechts herbeigeführt hat, vorausgesetzt, daß er das Ganze oder einen Theil der Erbschaft oder einzelne Erbschaftssachen pro herede vel pro possessore (nicht titulo singulari[7]), oder als herrenloses Gut[8], besitzt oder dolo malo zu besitzen aufgehört hat[9], oder irgend einen noch so kleinen Vortheil von der Erbschaft in Händen hat[10].

Der Prätor behandelt also diejenigen, die ausgeschlagen haben, so, als hätten sie die Erbschaft erworben.

Gleicherweise wird auch dem Aftervermächtnißnehmer eine gleiche Klage gegen den onerirten Vermächtnißnehmer gegeben, welcher arglistig die Ablehnung der testamentarischen Erbschaft veranlaßt hat, um

---

5) L. 1 § 1 D. h. t.: Et parvi refert, utrum quis per semetipsum, an per alium acquirere potuit hereditatem; nam, quomodocunque potuit, si non acquisiit hereditatem, in ea causa est, ut incidat in Edictum Praetoris. § 7. Qui sunt in potestate, . . si abstinuerint . . se testamento, verum ab intestato petierint B. Pionem: hi . . incident in Edictum.

Cit. l. 1 § 6 D. eod. (cf. Anm. 3).

6) L. 1 § 8 D. eod.: Qui, sub conditione institutus, . . potuit parere conditioni, nec paruit, . . deinde ab intestato possideat hereditatem: debebit Edicto teneri.

7) L. 30 D. eod.: Qui omissa causa testamenti pro emtore, vel pro dote, . . sive alio quolibet titulo, exceptis pro herede et pro possessore possideat hereditatem, a legatariis . . non convenitur.

L. 13 D. eod.: Et si non totam aliquis hereditatem partemve ejus, ex qua heres institutus est, ab intestato possideat, sed vel minimam portiunculam, vel etiam unam aliquam rem, tenetur hoc Edicto. § 14—16 eod.

L. 1 § 9 D. eod.: Toties Edictum Praetoris locum habebit, quoties aut quasi heres legitimus possidet, aut quia B. Pionem accipit ab intestato, aut si forte quasi praedo possideat hereditatem, fingens sibi aliquem titulum ab intestato successionis . .

Cit l. 1 pr. § 1 D. eod. (cf. Anm. 3. 5).

8) L. 6 § 7 D. h. t.: . . si vacantia bona quis possederit, et quadriennium praeterierit, . . conveniri potest ex hac parte Edicti.

9) L. 1 § 10—13 D. 29. 4. L. 6 § 5 D. eod.: Si autem is, cui auferri hereditas potest aliquid possideat de hereditate, et possidere desierit sine dolo malo, magis est, ut desinat conveniri.

10) Cit. l. 13 D. h. t. (cf. Anm. 7) L. 1 § 9 D. eod.: . . Quocunque modo hereditatem lucrifacturus quis sit, legata praestabit.

Digitized by Google

das ihm auferlegte Aftervermächtniß zu vereiteln[11]. Wer aber selbst als Eingesetzter die Erbschaft ausgeschlagen, kann als Vermächtnißnehmer wegen Ablehnung andrer eingesetzter Erben jenes Recht in der Regel nicht geltend machen[12].

b. Der Prätor ertheilt jene Klage selbst gegen den dritten Besitzer, der Erbschaftssachen in Händen hat, und zwar,

α. wenn er dieselben ex lucrativa causa besitzt, sofort[13].

β. Hat er aber dem Ausschlagenden für die Auszahlung etwas gezahlt und ist er dadurch in den Besitz der zur ausgeschlagenen Erbschaft gehörigen Sachen gekommen, so haften zwar beide Theile für die Auszahlung der Vermächtnisse: aber der richtigen Ansicht nach muß doch der Omittent zuerst belangt werden[14].

2. Wenn das Testament durch die Codicillarclausel erhalten wird, so bleiben auch die Vermächtnisse (cf. § 86 Nr. II.).

3. Wenn der Erblasser in dem irrigen Glauben, daß sein Intestat- oder Testamentserbe gestorben sei, ein neues Testament gemacht und einen anderen Erben eingesetzt hat, so daß das Testament doch nicht etwa wegen Präterition und dergleichen ungültig ist, so soll der neue Testamentserbe jenem weichen, aber er muß die Vermächtnisse entrichten, als ob er in dem letzten Testament eingesetzt wäre[15] (cf. § 49 Nr. III. 3 i. f.).

---

11) L. 4 § 2 D. 29. 4: . . si sit legatarius, a quo fideic. relictum est, et hic id egisset, ut omittatur hereditas, doloque id fecit, conveniri debeat.

12) L. 7 D. eod.: Quidam Titium et Maevium instituit heredes, et centum Titio legavit. Uterque omisso testamento legitimam adiit hereditatem. Non probe legatorum actionem Titius postulabit. Idem si utrique legasset.

L. 10 § 1 D. eod.: . . Quum substitutis ab institutis legata fuissent relicta et tam instituti quam substituti omissa causa testamenti possideant ab intestato hereditatem: . . rescripsit, neque improbe . . institutos legata recusare substitutis data . .

L. 22 § 2 D. eod.

13) L. 2 § 1 D. 29. 4: Sed utrum ab eo erit incipiendum et sic ad heredem veniendum, an convertemus ordinem? Mihi videtur humanior esse haec sententia, ut possessor hereditatis prior excutiatur, maxime si lucrativam habet possessionem.

L. 4 pr. D. eod.

14) L. 4 § 1 L. 10 pr. § 2 D. h. t. Const. 1 Cod. 6. 39.

15) L. 28 D. 5. 2: Quum mater militem falso audiisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset, D. Hadrianus decrevit, heredi-

Digitized by Google

4. Wenn der Nachlaß als erblos dem Fiscus zufällt, so muß dieser doch die in dem destituirten Testamente ausgesetzten Vermächtnisse entrichten (cf. § 18. § 49 Nr. V. i. f.). Dasselbe ist anzunehmen auch bei denjenigen, denen vor dem Fiscus ein Recht auf den erblosen Nachlaß gegeben ist (cf. § 18 Nr. II).

5. Wenn ein Testament nach Novelle 115 wegen Uebergehung der Notherben ungültig ist, so fallen die Erbeinsetzungen zusammen, die Vermächtnisse aber werden aufrecht erhalten (cf. Notherbfolge).

6. Wenn das Testament als nichtig angefochten ist, so können die Vermächtnißnehmer, weil sie beim Ausgange des Processes interessirt sind, an diesem Theil nehmen, um ihre Vermächtnisse zu vertheidigen (accessorische Intervention). Wird das Testament für nichtig erklärt, so können auch die Vermächtnißnehmer dagegen appelliren [16]. Nur wenn der Testamentserbe auf die Nichtigkeitsklage sich gar nicht einließ, sondern in contumaciam verurtheilt ist, dann entscheidet das Urtheil blos gegen ihn und die Vermächtnißnehmer können die Gültigkeit der Vermächtnisse noch gegen die Intestaterben ausführen [17].

§ 91.

3. Beim Wegfall des Onerirten.

Francke (l. c. § 90). Göschen § 1026. Bering S. 721—722. Arndts im Rtl. Bd. 6 S. 286—287. Bd. 1 S. 301. 311 (cf. auch die zu § 90 cit. Schriftsteller).

Meistens werden Vermächtnisse nicht dadurch ungültig, wenn derjenige, dem sie auferlegt waren, wegfällt.

---

tatem ad filium pertinere, ita ut .. legata praestentur. Hic illud adnotatum, quod de . . legatis adjicitur; nam quum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

Cit. l. 92 D. 28. 5 (cf. § 49 Anm. 22).

16) L. 5 § 1 D. 49. 1: Si heres institutus victus fuerit ab eo, qui de inofficioso testamento agebat: legatariis . . permittendum est appellare, si querantur, per collusionem pronuntiatum . . § 2. Idem rescripsit, legatarios causam appellationis agere posse.

17) L. 14 § 1 D. eod.: Quoties herede non respondente secundum adversarium sententia datur, rescriptum est, nihil nocere neque legatis, neque libertatibus.

Digitized by Google

1. Ein Substitut muß alle Vermächtnisse erfüllen, die dem Instituten auferlegt waren[1] (cf. § 83 Nr. II. 6).

2. Wem ein Erbtheil accrescirt, der muß auch alle Vermächtnisse erfüllen, die dem weggefallenen Miterben auferlegt waren. Dies gilt sowohl für Testaments- als Intestaterben[2] (cf. § 58 Nr. VI).

3. Wenn ein Intestaterbe nominatim onerirt ist und nicht Erbe wird, so muß im Falle der Transmission und des Accrescenzrechts der an seine Stelle Tretende die Vermächtnisse prästiren. Tritt aber ein andrer Erbe vermöge successio ordinum et graduum ein, so findet eine erneute Delation Statt und die Vermächtnisse brauchen nicht geleistet zu werden[3].

Unbedingt dagegen sind die Vermächtnisse von den Erben zu prästiren, wenn der Erblasser nicht einen bestimmten Erben onerirt hatte, sondern jeden, oder wenn er in Codicillen generell Vermächtnisse angeordnet hatte, ohne irgend einen bestimmten Erben zu oneriren[4].

4. Verschieden hiervon ist noch der Fall, wenn der Testator, der mehre Intestaterben hat, einen derselben onerirt hat, in der irrigen Meinung, dieser sei sein einziger Intestaterbe. Die übrigen haften für das Vermächtniß nicht. Aber auch der wirklich Onerirte braucht nicht das Ganze zu zahlen, sondern nur pro parte hereditatis[5].

---

1) L. 74 D. de leg. I.: . . rescripserit, videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerint relicta: tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas . .

Cit. l. 61 § 1 D. de leg. II. (cf. § 83 Anm. 28).

2) L. 61 § 1 D. de leg. II: . . hic . . cum suo onere consequetur accrescentem portionem . . .

Cit. l. 49 § 4 D. eod. (cf. § 83 Anm. 29).

3) Cit. l. 1 § 9 D. de leg. III. l. 29 § 1 D. de leg. II. (cf. § 83 Anm. 20. 31).

4) L. 3 pr. D. 29. 7: Si quis, quum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: „quisquis mihi heres erit . . ., ejus fidei committo“: fideic. praestari debent, quia paterfamilias, qui testamenti factionem habet et codicillos facit, perinde haberi debet, ac si omnes heredes ejus essent, ad quos legitima ejus hereditas . . perventura esset.

5) L. 19 D. 29. 7: . . si codicillos reliquisset, duobus superstitibus filiis, decedens, quum putaret, alterum ex his prius decessisse: simili modo dici potest, omnia perinde debere filium, ad quem scripti sunt codicilli, atque si solus heres extitisset patri. Imo duntaxat partem debet. Eorum tamen, quae pro parte praestari non possunt, nihil omnino praestandum, quoniam ille non fuerit filio ablaturus, nisi solum putaret successorem sibi futurum.

Digitized by Google

5. Sind einem Vermächtnißnehmer Aftervermächtnisse auferlegt und der erste Vermächtnißdelat fällt weg, so muß ein etwaiger Substitut desselben die Aftervermächtnisse zahlen[6]. Wenn das erste Vermächtniß einem Collegatar accrescirt, so soll der re et verbis conjunctus auch die dem Weggefallenen auferlegten Vermächtnisse auszahlen; der bloße re conjunctus dagegen ist dazu nicht verpflichtet[7] (cf. § 97 Nr. B. 2). Wenn beim Wegfall des Vermächtnisses der Erbe das Vermächtniß behält, so soll dieser auch die Aftervermächtnisse, die dem Vermächtnißnehmer auferlegt waren, entrichten[8]. Nur dann ist er nicht dazu verpflichtet, wenn das Vermächtniß ungültig errichtet ist, ausgenommen jedoch, wenn es deshalb ungültig errichtet ist, weil der Vermächtnißnehmer es selbst geschrieben hat[9].

§ 92.

4. Widerruf der Vermächtnisse.

Inst. de ademtione vel translatione legatorum (2. 21). Dig. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis (34. 4).

Schrader, Wenn in zwei mit einander geltenden letztwilligen Verordnungen Demselben erst eine kleinere, dann eine größere Summe vermacht ist, hat man das im Zweifel als Vermehrung des fraglichen Vermächtnisses oder als eine Ertheilung eines neuen zu dem vorigen anzusehen? im civil. Arch. Bd. XXXIII. Nr. 1. Zur Textes-Kritik von L. 3 § 7 D. 34. 4 und L. 10 pr. D. 4. 5: Gans im civil. Arch. Bd. 1. Nr. 33. Klüpfel das. Bd. II. Nr. 7. Hepp das. Bd. IX. Nr. 20. Wunderlich in Sell's Jahrb. Bd. I. Nr. 8. Göschen in der Zeitschr. f. gesch. Rew. Bd. I. Nr. 6. Huschke in der Gießner Zeitschr. N. F. Bd. IV. S. 299 ff. Riedel das. N. F. Bd. XIII. S. 293 ff. Pöschmann in Schletter's Jahrb. III. S. 252. Strippelmann, Entscheidg. des O. A. G. zu Cassel IV. 3 (1851) Nr. 4. Arndts § 551. Puchta § 537. Brinz § 223. Sintenis § 212. Holzschuher S. 947—951. Böcking

---

L. 77 § 29 D. de leg. II.: Quum existimaret, ad solam consobrinam suam bona perventura, codicillis .. fideic. reliquerat .. ad duos ejusdem gradus possessione devoluta, .. pro parte dimidia mulierem .. relevandam respondi.

6) Arg. const. unic. § 4 Cod. 6. 51: .. Neque ferendus est .., qui lucrum .. amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.

7) Cit. const. unic. § 11 Cod. 6. 51 (cf. § 83 Anm. 40).

8) L. 29 pr. D. de leg. II.: .. quum liberto ducenta legasset, petissetque, ut ea concubinae ipsius daret, et libertus vivo testatore decessisset, et, quod ei relictum erat, apud (heredem) remansisset: cogeretur heres, id fideicommissum concubinae reddere.

Const. unic. § 3. 8 Cod. 6. 51.

9) L. 1 D. 34. 8. L. 5 D. eod.: Quod quis sibi adscripserit, si alii restituere a testatore jussus est: cum onere fideicommissum id apud heredem remanet; quamvis pro non scripto esset ...

Digitized by Google

Gerl. III. B. § 140. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 429 ff. Göschen § 1023—1025. Müller S. 775—776. Vangerow § 541. Vering S. 718—720. Keller § 586. Arndts im Rtsl. Bd. 6 S. 297—301.

I. Vermächtnisse werden durch jeden Widerruf des Testators aufgehoben. Dies ist die ademtio legati, Zurücknahme des Vermächtnisses. Sie ist an keine Form gebunden[1] (cf. § 49 Nr. III. 2 i. f.), kann ausdrücklich[2] oder durch concludente Handlungen erklärt werden. Um dem Vermächtniß seine Kraft zu nehmen, genügt jeder Beweis einer zu erkennen gegebenen Willensänderung[3]. Ein solcher Widerruf wird öfter sogar lediglich präsumirt, z. B. wenn ein Ehegatte dem andren Vermächtnisse hinterließ und dann eine Scheidung eintritt[4]; ebenso wenn nach Errichtung des Vermächtnisses zwischen Testator und Vermächtnißnehmer eine heftige, nicht wieder versöhnte Feindschaft ausbricht[5]; ferner, wenn der Testator die vermachte Sache später einem Andren schenkt[6]. Selbst wenn er diese Sache verkauft, wird im Zweifel ein Widerruf angenommen, ausgenommen wenn die Veräußerung eine factisch oder rechtlich nothwendige war; der Bedachte kann dann noch den Werth fordern[7]. Ist ein Afterver-

1) L. 3 § 11 D. 34. 4: Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate . .

2) L. 16 D. 34. 4: Nihil interest, inducatur, quod scriptum est, an adimatur.

L. 17 D. eod.: Nihil prohibet, priorem scripturam posteriorem corrigere, commutare, rescindere.

3) L. 15 D. h. t.: Quum servus legatus a testatore et, alienatus, rursus redemtus sit a testatore, non debetur legatario, opposita exceptione doli mali. Sane si probet legatarius novam voluntatem testatoris, non summovebitur.

Const. 27 Cod. 6. 42: Fideicommissum ejus, qui reliquerat poenitentia probata, successores nunquam praestare compelluntur.

4) L. 49 § 6 D. de leg. III.

5) L. 3 § 11 D. 34. 4: (cf. Anm. 1) . . quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideic. non debeatur? Et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademtum videri . .

L. 4 D. eod.

6) L. 18 D. 34. 4: Rem legatam si testator vivus alii donaverit, . . extinguitur legatum.

7) § 12 I. 2. 20: Si rem suam legaverit testator posteaque eam alienaverit, Celsus existimat, si non adimendi animo vendidit nihilominus videri . . .

L. 11 § 12 D. de leg. III.: Si rem suam testator legaverit, eamque necessitate urgente alienaverit, fideic. peti posse, nisi probetur, adimere ei testatorem voluisse; probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam.

Digitized by Google

mächtniß angeordnet, so kann auch in der Ademtion des Aftervermächtnisses eine Ademtion des ersten Vermächtnisses enthalten sein, überall dann, wenn der erste Vermächtnißnehmer blos Vermittler (minister) sein sollte[8].

Gleiche Grundsätze gelten, wenn der Testator eine ausstehende Forderung jemandem vermacht hat und diese später einkassirt, nur nicht wenn der Schuldner kündigt[9]. Die Verpfändung der vermachten Sache dagegen gilt nicht als Widerruf. Bei Geltendmachung von Pfandrechten vielmehr haftet der Erbe dem Vermächtnißnehmer in id, quod interest[10]. Habe ich ein Haus vermacht und reiße es später nieder, so wird auch hier im Zweifel ein Widerruf angenommen, selbst wenn ich hinterher ein neues aufbaue[11]. Nicht einmal der Bauplatz gilt als noch vermacht. (Anders dagegen umgekehrt[12]; cf. § 94 Nr. 3.)

II. Vermächtnisse werden auch zurückgenommen durch Aufhebung der ganzen Willensordnung, Testament oder Codicill, worin sie errichtet sind (cf. § 49 Nr. III). Durch Errichtung eines neuen Testaments wird nicht blos ein ältres Testament aufgehoben, sondern

---

8) L. 31 § 1 D. h. t.: Matri suae heredi ex parte institutae quatuor praedia legavit, et fidei ejus commisit, ut ex his duo socero restitueret, deinde codicillis socero ademit fideic., quaesitum est: an nihilominus ex praelegatione ad matrem pertinerent. Respondi, nihil proponi, cur ad matrem pertinerent.

Zu verbinden hiermit ist L. 17 D. de leg. II.: Si quis Titio decem legaverit et rogaverit, ut ea restituat Maevio, Maeviusque fuerit mortuus, Titii commodo cedit, non heredis, nisi duntaxat ut ministrum Titium elegit; idem est, et si ponas usumfructum legatum (cf. Vangerow § 541 not. 2).

9) L. 11 § 13 D. de leg. III.

10) § 12 med. I. 2. 20: Iidem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum praedia, quae legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri, et ideo legatarium cum herede agere posse, ut praedia a creditore luantur.

Const. 3 Cod. 6. 37.

11) L. 65 § 2 D. de leg. I.: Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta, ut nihil ex pristina materia supersit.., utile permanere legatum. At si ex domu destructa aliam eodem loco testator aedificaverit, . . interire legatum; nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum.

12) L. 39 D. de leg. II.: Si areae legatae post test. fact. aedificium impositum est, utrumque debebitur, et solum et superficium. L. 44 § 4 D. de leg. I.

Digitized by Google

auch ältre Codicille, also auch ein ältres mit der Codicillarclausel versehenes Testament. Der Hauptgrund ist, weil das neue Testament eine neue, das ganze Vermögen umfassende Disposition ist und ein andrer Querirter da ist. Die früheren Codicille bleiben aber nicht blos dann gültig, wenn sie im Testament bestätigt sind, sondern auch, wenn der Wille des Testators bewiesen werden kann, daß sie bleiben sollen[13] (cf. § 85 Nr. II. D. 4). Ein neuer Codicill hebt den früheren nur auf, soweit der Inhalt beider unvereinbar ist[14] (cf. § 85 Nr. II. D. 2).

III. Zweifelhaft ist der Fall, wenn Zweien desselben Namens Vermächtnisse hinterlassen sind und eines ist vom Testator widerrufen, jedoch ungewiß welches. In der l. 3 § 7 D. 34. 4 sagt Ulpian, daß es beide behalten, in l. 10 pr. D. 34. 5 dagegen derselbe Ulpian, keiner bekomme es[15]. Nach allgemeinen Grundsätzen müssen wir das Vermächtniß beiden lassen, weil es gültig beiden gegeben und der Widerruf unverständlich ist. Der Erbe müßte nachweisen, wen der Testator gemeint hat. Wahrscheinlich ist in l. 10 pr. D. cit. am Schlusse die Lesart corrumpirt und statt „ademtionem autem in utrumque valere" zu lesen „in ademtione autem utrumque valere" (cf. bes. Göschen l. c. und Arndts im Rtsl. l. c.).

Ein unbedingt ertheiltes Vermächtniß, das unter einer Bedingung

---

13) Cit. § 1 I. 2. 25 cit. l. 5 D. 29. 7 (cf. § 85 Anm. 20. 21).

14) Cit. § 3 I. 2. 25 cit. l. 6 § 1 D. 29. 7 (cf. § 85 Anm. 18).

15) L. 3 § 7 D. 34. 4: Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec appareat, cui ademtum sit: utrique legatum debebitur. Quemadmodum et in dando; si non appareat, cui datum sit, dicemus: neutri legatum.

L. 10 pr. D. 34. 5: Si fuerit legatum relictum: „ex cognatis meis qui primus Capitolium ascenderit", si simul venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impediatur legatum? vel: „ei, qui monumentum fecerit" et plures fecerint, vel: „ei qui maximus natus est", et duo pares aetate sunt, sed et si legatum „Sempronio amico" fuerit relictum et duo sint aequa caritate conjuncti. Sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademtum sit, nec appareat, cui ademtum sit: utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademtio nulla est? quaeri potest. Item si ex pluribus servis ejusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademtionem (Hal. ademptione) autem in utrumque valere (cf. Arndts § 551 Anm. 2).

Digitized by Google

wieder genommen wird, gilt als unter der entgegengesetzten Bedingung errichtet[16].

§ 93.

5. Translatio legatorum.

Vergleiche die zu § 92 cit. Schriftsteller.

I. Translatio legati heißt die Umwandlung eines Vermächtnisses in ein andres, ähnlich der novatio bei Obligationen, indem der Testator entweder die Person des Vermächtnißnehmers ändert, oder indem er eine andre Person damit beschwert, oder indem er das Object ändert oder andre Modalitäten anordnet[1].

II. In der Translation eines Vermächtnisses liegt stets Doppeltes: Die Ademtion des früheren Vermächtnisses und die Errichtung eines neuen[2]. Die in der Translation liegende Ademtion kann gültig sein, weil zu ihr keine Form gehört (cf. § 92): während die darin liegende Errichtung eines neuen Vermächtnisses nichtig ist, weil dazu Codicillsform nöthig ist. Wenn ich z. B. in meinem Testamente dem X. mein Haus vermachte und später erkläre ich in einer formlosen Scriptur, nicht X. solle das Haus bekommen, sondern Z., so bekommt keiner etwas; denn dem X. ward das Vermächtniß gültig adimirt, dem Z. aber nicht gültig gegeben, weil man in einer formlosen Scriptur kein Vermächtniß errichten kann[3].

---

16) L. 10 D. 34. 4: . . legatum, quum sub conditione adimitur, perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset.

L. 14 pr. D. eod. L. 6 pr. D. 36. 2.

1) § 1 I. 2. 21: Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: „hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do lego", sive in eodem testamento, sive in codicillis hoc fecerit. Quo casu simul Titio adimi videtur et Sejo dari.

L. 6 pr. D. h. t.: Translatio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare jussus est, transfertur, ut alius det, aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei, aut quod pure datum est, transfertur sub conditione.

2) L. 5 D. 34. 4: . . legatum potest . . ad alium transferri . . Quae res . . tacitam ademtionem continet.

3) L. 20 D. 34. 4: Licet transferam legatum in eum, cum quo nobis testamenti factio non est, sive in servum proprium, cui sine libertate legavero, licet iis non debeatur, nec illi tamen debebitur, cui fuerit ademtum.

Digitized by Google

III. Der Wille des Testators muß nicht etwa darauf gerichtet sein, beide Vermächtnisse neben einander bestehen zu lassen. Präsumirt wird Ademtion des erstren[4].

Ist das neue Vermächtniß, abgesehen von anderen Verschiedenheiten, zugleich an eine Bedingung geknüpft, so ist dies im Zweifel so auszulegen, daß das frühere Vermächtniß unter der entgegengesetzten Bedingung bestehen bleibe[5]. Besteht aber die ganze Anordnung nur in der Hinzufügung einer Nebenbestimmung, so gilt nun auch nur das letzte Vermächtniß in der veränderten Gestalt[6]. Außerdem werden die Nebenbestimmungen des früheren Vermächtnisses im Zweifel auch auf das neue übertragen[7] (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 300).

L. 34 pr. D. de leg. I.: . . ubi transferre voluit legatum in novissimum: priori non debebitur, tametsi novissimus talis est, in cujus persona legatum non constitit.

4) Cit. § 1 I. 2. 21 (Anm. 1) L. 6 § 1 med. D. h. t.: . . Quum dico: „quod Titium dare damnavi, Sejus damnas esto dare", videor dicere, ne Titius det. § 2. Item si „pro fundo decem" legentur, quidam putant, non esse ademtum prius legatum, sed verius est, ademtum esse . . Novissima enim voluntas servatur.

L. 33. 34 D. de leg. I. Const. 7 Cod. 6. 37.

5) L. 7 D. h. t.: Quodsi alii legetur sub conditione, quod alii pure datum est: non plene recessum videtur a primo, sed ita demum, si conditio sequentis extiterit. Ceterum si hoc animo fuerit testator, ut omnimodo recessum a primo putaverit: dicendum erit, a primo ademtum legatum.

6) L. 9 D. eod.: Quum centum, quae quis pure reliquit, conditione adjecta iterum eidem legavit, si quidem quasi aliam hanc summam esse voluit: et quod pure relictum est, statim debebitur, et quod sub conditione adscriptum est, si conditio extiterit. Quod si eandem summam mutata voluntate sub conditione reliquit, pura datio conditionalis effecta videbitur. Quare si in eodem testamento, in quo centum adscripserat, postea quinquaginta reliquerit, si quidem alia voluit esse haec quinquaginta, centum quinquaginta debebuntur. Sin vero quinquaginta tantum deberi voluit, quinquaginta tantum debebuntur. Idem est, et si in codicillis id fuerit factum.

7) L. 24 pr. D. h. t.: Legatum sub conditione datum quum transfertur, sub eadem conditione transferri videtur, si non conditio priori personae cohaereat. Nam si quis uxori sublatis liberis legaverit, repetita conditio non videbitur, quae fuit in persona mulieris necessaria.

L. 13 pr. D. 34. 1.

Digitized by Google

§ 94.

6. Aus anderen Gründen.

Sell, Ueber die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum. Zürich 1839. Roßhirt in s. Zeitschr. Bd. V. S. 24 ff. Derselbe, Vermächt. Bd. I. S. 448. Arndts § 552. Puchta § 538. Brinz § 224. Sintenis § 212. Böcking Grdr. III. B. § 141. Göschen § 1028. Vangerow § 542—545. Vering S. 722—723. Keller Instit. § 343. Pand. § 585. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 301.

Ein Vermächtniß kann hinfällig werden:

I. Wegen Veränderungen mit dem vermachten Gegenstande.

1. Physischer Untergang des vermachten Objects hebt das Vermächtniß auf. Der Bedachte kann nicht etwa den Werth vom Onerirten verlangen, vorausgesetzt, daß dieser nicht entweder den Untergang veranlaßte, oder in mora ist[1]. Geht die res principalis unter und blos die accessoria bleibt, so kann letztre nicht in Anspruch genommen werden[2]; geht blos die accessoria unter, so bleibt das Vermächtniß. So kann z. B. der Bedachte den Grund und Boden verlangen, wenn das vermachte Haus abbrannte[3].

Bei den Römern war dem physischen Untergange gleich, wenn die Sache extra commercium kam.

2. Auch die Specification gilt an sich als Untergang. Hier ist jedoch zu unterscheiden:

a. Ist die Specification vom Testator selber ausgegangen, so entscheidet lediglich die Absicht des Testators[4].

---

1) § 16 I. 2. 20: Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit . . . Si . . heredis servus legatus fuerit, et ipse eum manumiserit: teneri eum Julianus scripsit. Nec interest, scierit an ignoraverit, a se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum, et is, cui donatus est, eum manumiserit: tenetur heres, quamvis ignoraverit, a se eum legatum esse.

L. 22 § 2 D. de leg. III.: Mortis damnum per fideicommissum servi relicti, antequam mora fiat, fideicommissarius solus patitur, licet alienus relinquatur.

2) § 17 I. 2. 20: . . Idem est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit; nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur.

3) L. 22 D. de leg. I.: . . quemadmodum insula legata, si combusta esset, area posset vindicari.

4) L. 44 § 2. 3 D. de leg. I.: Sed et si lancem legavit et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum, durante scilicet voluntate.

L. 49 § 5 D. de leg. III.: Si uxori aurum, quod ejus causa paratum est, legatum sit et postea sit conflatum, materia tamen maneat, ea ei debetur.

Digitized by Google

b. Ist dagegen die Specification von einem Dritten vorgenommen, so kommt es drauf an, ob sich die alte Gestalt wiederherstellen läßt[5]. Ist dies der Fall, so bleibt das Vermächtniß gültig.

3. Eine Umgestaltung ohne Untergang des Gegenstandes hebt das Vermächtniß nur auf, wenn sich darin eine Willensänderung des Anordners in Betreff des Bestandes des Vermächtnisses kund giebt und es erlischt dieses daher auch an sich nicht durch allmählige oder zufällige gänzliche Umänderung der Theile eines Ganzen[6]. Ist z. B. eine Heerde vermacht, so bleibt das Vermächtniß stets an den übrig bleibenden Stücken haften und ebenso verhält es sich bei Grundstücken, bei einem Landgute u. s. w.[7]. Die scheinbaren Widersprüche des legatum areae, ob dasselbe sich auch auf das nachher darauf errichtete Gebäude beziehe und ob nach dessen Zerstörung der Bauplatz noch vermacht sei[8], lösen sich durch die richtige Auslegung der verschiedenen Absichten der Anordner (cf. Vering S. 723 Anm. 1).

II. Wegen Wegfalls des Vermächtnißnehmers. Alsdann fehlt der Gläubiger, legatum extinguitur. Dies tritt ein,

---

5) L. 88 pr. D. de leg. III.: Lana legata, vestem, quae ex ea facta sit, deberi non placet. § 1. Sed et materia legata, navis armariumve ex ea factum non vindicetur. § 3. Massa autem legata, scyphi ex ea facti exigi possunt.

L. 6 § 1 D. 34. 2.

6) L. 22 D. de leg. I.: Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent, in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri; et si deminutum ex eo grege pecus esset, et vel unus bos superesset, eum vindicari posse; . . .

Cit. l. 65 § 2 D. de leg. I. (cf. 92 Anm. 11).

7) § 18 I. 2. 20: Si grex legatus fuerit posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit, vindicari potest . . .

L. 8 pr. D. de leg. I.: Si ex toto fundo legato testator partem alienasset, reliquam duntaxat partem deberi placet, quia, etiamsi adjecisset aliquid ei fundo, augmentum legatario cederet.

Cit. l. 22 D. de leg. I.

8) L. 44 § 4 D. de leg. I.: Si areae legatae domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem.

L. 39 D. de leg. II.: Si areae legatae post test. factum aedificium impositum est, utrumque debebitur, et solum et superficium. (Nach diesen Stellen soll das legatum areae das nachher errichtete Gebäude mit umfassen.)

L. 79 § 2 D. de leg. III.: Area legata, si inaedificata medio tempore fuerit, ac rursus area sit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur. (Hiernach kann die vermachte area nicht gefordert werden, so lange sich ein später errichtetes Gebäude darauf befindet.)

Digitized by Google

wenn der Honorirte repudiirt (cf. § 95 Nr. A. 2), wenn er stirbt vor dem Erwerbe (cf. § 95 Nr. A. 1), wenn er die testamenti factio verliert (cf. jedoch § 83 ad Nr. III.), oder die Vermächtnißbedingung deficirt.

III. Durch Verlust der Testirfähigkeit von Seiten des Vermächtnißgebers (cf. § 83 ad Nr. I).

IV. Durch concursus duarum causarum lucrativarum. Ist jemandem eine Sache vermacht und er erwirbt dieselbe ex post, so muß unterschieden werden, ob er sie titulo oneroso oder lucrativo erwirbt. Im erstren Falle hat dieser Erwerb keinen Einfluß auf das Vermächtniß; der Onerirte muß den Werth der Sache prästiren. Im letztren Falle dagegen ist das Vermächtniß erloschen, quia plures lucrativae causae in una eademque re concurrere non possunt (cit. § 6 I. 2. 20. cf. Anm. 10).

1. Dieser Erlöschungsgrund kann nur Platz greifen, wenn von einem Vermächtniß einer individuell bestimmten Sache (species legata) die Rede ist[9].

2. Bei diesem concursus duarum causarum lucrativarum macht es einen Unterschied, ob man die res ipsa oder blos die aestimatio bekommen hat. Im erstren Fall ist der Erlöschungsgrund wirksam; im letztren kann der Vermächtnißnehmer immer noch die Sache selbst begehren[10].

---

9) L. 66 § 1 D. de leg. II.: Duorum testamentis pars fundi, quae Maevii est, Titio legata est; non ineleganter probatum est, ab uno herede soluta parte fundi, quae Maevii fuit, ex alio testamento liberationem obtingere, neque postea parte alienata revocare actionem semel extinctam. § 2—3. D. eod. (cf. Sell l. c. S. 143 ff. S. 160 ff.).

10) § 6 I. 2. 20: Si res aliena legata fuerit et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest, si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse. Hac ratione, si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem, an aestimationem ex testamento consecutus est. Nam si rem, agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa; si aestimationem, agere potest.

L. 34 § 7 D. de leg. I.: Quod si rem emissem mihi legatam: usque ad pretium, quod mihi abest, competet mihi ex testamento actio. § 8 eod.

Nicht in Widerspruch hiermit steht L. 34 § 1 D. de leg. I.: Si eadem res saepius legetur in eodem testamento, amplius, quam semel peti non pot-

Digitized by Google

D. Erwerb der Vermächtnisse.

§ 95.

1. Art und Weise.

Dig. quando dies legatorum vel fideic. cedat (36. 2). Dig. quando dies usufructus legati cedat (7. 3). Cod. quando dies legati vel fideicommissi cedit (6. 53).

Huschke in der Gieß. Zeitschrift. Bd. VI. Nr. 11. VIII. Nr. 2. 6. Zimmermann, Gehen die Erben des nach der Delation, aber vor der Acquisition verstorbenen Legatars dem Substituten vor oder nicht? im civil. Arch. Bd. IX. Nr. 18. Arndts § 554. 555. Puchta § 539. 540. Bring § 221. Sintenis § 213. Böcking Erbr. III. B. § 142. 143. Mühlenbruch-Glück Bd. 9. S. 217 ff. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 261 ff. Göschen § 1043—45. § 1056. Müller § 207. Vering S. 724—727. Keller § 572. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 303—305.

Die Rechtsgrundsätze über Vermächtnißerwerb weichen in vielen Beziehungen ab von denen über Erbschaftserwerb. Hier sind die drei Rechtsbegriffe zu unterscheiden:

A. Das Recht auf das Vermächtniß im Allgemeinen und dessen Erwerb.

B. Das wenngleich noch nicht klagbare, wohl aber bereits vererbliche, Recht auf das Vermächtniß. (Dies legati cedens. Delation.)

C. Das klagbare Recht auf das Vermächtniß. (Dies legati veniens.)

Ad A. Das Recht auf das Vermächtniß im Allgemeinen und dessen Erwerb.

1. Das Recht auf ein Vermächtniß im Allgemeinen, jus legati, erwirbt der Honorirte von selbst durch eine gesetzliche Fiction ohne sein Zuthun, sobald er den Zeitpunct der Delation des Vermächtnisses erlebt[1]. Das erworbene, wenn auch noch nicht klagbare, Recht auf ein Vermächtniß transmittirt man stets auf seine Er-

---

est, sufficitque, vel rem consequi, vel rei aestimationem. § 2. Sed si duorum testamentis mihi eadem res legata sit, bis petere potero, ut ex altero testamento rem consequar, ex altero aestimationem; und namentlich geht aus cit. § 7 und 8 desselben Fragments deutlich hervor, daß Ulpian ganz der in der Institutionenstelle vorgetragenen Lehre folgt, cf. Sell l. c. S. 111 ff.).

1) L. 77 § 3 D. de leg. II.: Surdo et muto, qui legatum accipit, ut, quum morietur, restituat, recte mandatur. Nam et ignorantes adstringuntur fideicommisso, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur.

Const. 5 Cod. 6. 53 Const. 7 § 7 Cod. 6. 70.

Digitized by Google

ben, also wenn man nur den Moment der Delation erlebte[2]. Stirbt man aber vor diesem Moment, so ist das Vermächtniß auch für die Erben verloren[3].

Auch ein Willensunfähiger erwirbt ein Vermächtniß, wenn er dessen Delation erlebt[4].

2. Jedoch wird man nicht gezwungen, ein Vermächtniß, das man so durch das Erleben der Delation erworben hat, zu behalten. Erfährt man daher, daß man ein Vermächtniß erworben habe, so kann man es nun ausschlagen (repudiare legatum). Dadurch wird der Erwerb rückwärts[5] vernichtet. Hat man aber das Vermächtniß angenommen, so muß man es auch behalten und die darauf gelegten Lasten bis zum Werthe des Vermächtnisses tragen. Gegen die Annahme kann man sich zwar restituiren lassen, aber nur aus allgemeinen Restitutionsgründen. Es gilt hier ganz das zu § 60 Ausgeführte.

Der Ausschlagende wird behandelt, als hätte er nie erworben. Diese Aufhebung des stillschweigenden Erwerbs von Vermächtnissen ist weder an Form, noch an Zeit oder Ort gebunden. Nur Folgendes ist erforderlich:

a. Erst post diem legati venientem kann die Ablehnung des Vermächtnisses wirksam erklärt werden[6].

---

2) L. 5 pr. D. 36. 2: Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum.

Cit. l. 65 § 1 D. de leg. I. (cf. § 37 Anm. 12).

3) L. 22 pr. D. 36. 2: Si Titio „quum is annorum quatuordecim esset factus" legatum fuerit et is ante quartum decimum annum decesserit: verum est, ad heredem ejus legatum non transire . . .

L. 21 pr. D. eod.

4) Const. 7 § 9 Cod. 5. 70.

5) L. 38 § 1 D. de leg. I.: Si legatum nobis relictum constituerimus, nolle ad nos pertinere: pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit . . .

L. 44 § 1 D. eod.: Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit, postea cognoverit, et voluerit ad se pertinere, legatum valebit . . . Si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis.

L. 86 § 2 D. eod.: . . si legatarius repulerit a se legatum, nunquam ejus fuisse videbitur . .

6) L. 45 § 1 D. de leg. II.: Si sub conditione, vel ex die certo nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certum repudiare non possumus. Nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniat vel conditio existat.

Digitized by Google

b. Dasselbe Vermächtniß kann man nicht theilweise annehmen und theilweise ausschlagen[7]. Stirbt jedoch ein Vermächtnißnehmer mit Hinterlassung mehrer Erben, so geht das Vermächtnißrecht über und diese können nun spalten; jeder kann seinen Theil unabhängig vom Andren annehmen, oder ablehnen[8].

Sind übrigens copulativ mehre Vermächtnisse hinterlassen, so kann der Honorirte unter denselben das eine annehmen, das andre ausschlagen, ausgenommen, wenn das eine mit Auflagen beschwert, ein andres frei ist. Hier kann der Vermächtnißnehmer das letzte nicht allein annehmen[9]. Eine solche partielle Annahme erwirbt ihm nicht alle Vermächtnisse, sondern keines. Unter alternativ hinterlassenen Vermächtnissen wählt der Honorirte, nicht der Onerirte[10].

c. Das ausgeschlagene Vermächtniß ist für immer verloren, ausgenommen, wenn es dem Honorirten nochmals aus einem anderen Delationsgrunde deferirt würde[11].

d. Sollte der Honorirte über die Ablehnung deliberiren[12] und darüber versterben, so dürfen seine Erben noch vom Repudiationsrechte Gebrauch machen.

---

7) L. 4 D. de leg. II.: Neminem ejusdem rei legatae sibi partem velle, partem nolle, verius est.

L. 6 D. eod.: Grege autem legato, non possunt quaedam sperni, quaedam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est.

L. 58 D. eod.: Si cui res legata fuerit, et omnino aliqua ex parte voluerit suam esse, totam acquirit.

8) L. 38 pr. D. de leg. I.: Legatarius pro parte acquirere, pro parte repudiare legatum non potest. Heredes ejus possunt, ut alter eorum partem suam acquirat, alter repudiet.

9) L. 5 pr. D. de leg. II.: . . duobus legatis relictis, unum . . repudiare, alterum vero amplecti posse respondetur. § 1. Sed si unum ex legatis onus habeat et hoc repellatur, non idem dicendum est.

10) L. 23 D. eod.: „Lucio Titio fundum Sejanum vel usumfructum fundi Sejani lego". Potest legatarius vel fundum vindicare vel fructum . . .

11) L. 101 pr. D. de leg. I.: Si servo meo Stichus legatus fuerit . . idque legatum repudiavero, deinde codicillis prolatis apparuerit, mihi quoque eundem Stichum legatum esse: nihilominus eundem vindicare possum.

12) L. 31 D. 29. 1: . . deliberante Sejo.

L. 15 D. 34. 5: . . Ut ecce si res legata fuerit, et deliberante legatario eam rem alii heres tradiderit. Nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet.

Digitized by Google

Ad B. Das wenngleich noch nicht klagbare, wohl aber bereits vererbliche, Recht auf das Vermächtniß. Dies legati cedit.

Der Zeitpunct der Delation, des Anfalls, des Vermächtnisses, an dem also ein vererbliches Recht auf das Vermächtniß von selbst erworben wird, der „dies legati cedens" ist der Moment des Todes des Erblassers. Testamentseröffnung und Antritt des Erben sind dabei gleichgültig[13]. Ausnahmen sind:

1. Wenn das Vermächtniß unter einer Suspensivbedingung hinterlassen ist oder unter einem dies incertus ex quo (cf. § 37 Nr. II. F. 2. b. α—β.), und bei des Erblassers Tode Bedingung oder dies noch nicht eingetreten sind. Dann wird das Vermächtniß erst deferirt mit dem Eintritt der Bedingung oder des dies. Wenn daher der Vermächtnißnehmer vorher stirbt, so ist es für ihn verloren[14].

---

13) Ulp. fr. XXIV. § 31: Legatorum, quae pure, vel in diem certum relicta sunt, dies cedit antiquo quidem jure ex mortis tempore testatoris, per legem autem Pap. Popp. ex apertis tabulis testamenti.

L. 5 § 1 D. 36. 2.: . . si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit. Si . . post diem sint legata relicta, simili modo atque in puris cedit.

L. 7 pr. D. eod.: Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit.

Const. unic. § 1—5 Cod. 6. 51: . . censemus, dies legatorum et fideic. . . a morte defuncti cedere . . .

14) Const. unic. § 7 Cod. 6. 51: Sin autem aliquid sub conditione relinquatur . . vel sub incerto die, exspectari oportet conditionis eventum, sub qua fuerit derelictum, vel diem, ut tunc cedat, quum vel conditio impleatur vel dies incertus extiterit.

L. 5 § 2 D. 36. 2: . . si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta; ne quidem ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii. § 3. Sed si ea conditio fuit, quam Praetor remittit, statim dies cedit. § 4. Idemque et in impossibili conditione, quia pro puro hoc legatum habetur.

L. 21 pr. D. eod.: Si dies apposita legato non est, praesens debetur, aut confestim ad eum pertinet, cui datum est; adjecta quamvis longa sit, si certa est, veluti „kalendis Januariis centesimis" dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. At si incerta, quasi „quum pubes erit", „quum in familiam nupserit" . ., nisi tempus conditiove obtigit, neque res pertinere, neque dies legati cedere potest (cf. § 37 Anm. 5).

Digitized by Google

a. Die dem Vermächtniß beigefügte Bedingung muß eine gültige und wahre sein[15] und dahin gehört hier auch die Bedingung: „si volet legatarius", weil eben der Regel nach der Anfall der Vermächtnisse ohne Willen des Honorirten Statt findet[16] (cf. § 37 Nr. II. B. i. f.).

Wenn dem Onerirten frei gestellt ist, zu leisten, wann er will, so gilt das Vermächtniß als unter einer Bedingung angeordnet, die aber spätestens beim Tode des Belasteten als erfüllt gilt[17].

b. Bedingte Einsetzung des Erben suspendirt nicht den dies cedens der Vermächtnisse. Ist unter derselben Bedingung, unter der der Erbe instituirt ist, auch das Vermächtniß gegeben, so ist dies eine juris conditio[18] (cf. § 37 Nr. II. B.).

c. Sind im Testament Substituten ernannt und diesen besondre Vermächtnisse auferlegt, so tritt auch für diese Vermächtnisse die cessio diei sofort beim Tode des Testators ein, obwohl die Vermächtnisse sämmtlich fallen, wenn der Institut Erbe wird[19].

d. Da bei einer Pupillarsubstitution pater tantummodo de suo legat, so tritt der Anfall der dem Pupillarsubstituten auferlegten

---

L. 4 pr. D. 36. 2: Si „quum heres morietur" legetur, conditionale legatum est. Denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. § 1. Si vero „quum ipse legatarius morietur" legetur ei, certum est, legatum ad heredem transmitti (cf. § 38 Anm. 10).

Cit. l. 5 § 5 D. 36. 2 (cf. § 38 Anm. 19).

15) Cit. l. 5 § 3. 4 D. 36. 2 (cf. Anm. 14).

16) Cit. l. 65 § 1 D. de leg. I. Cit. l. 69 D. 35. 1 (cf. § 37 Anm. 12).

17) L. 41 § 13 D. de leg. II.: . . quum heres . . rogatus esset, „quum volet", alii restituere hereditatem, interim non est compellendus. Claudius . . post mortem . . creditur datum.

L. 11 § 5 D. eod.

18) L. 21 § 1 D. 36. 2: Si sub conditione, qua te heredem institui, sub ea conditione Titio legatum sit, Pomponius putat, perinde hujus legati diem cedere, atque si pure relictum esset, quoniam certum esset, herede existente debitum iri; neque enim per conditionem heredum fieri incerta legata. Nec multum interest tale legatum ab hoc: „si heres erit, dato".

19) L. 7 § 3 D. 36. 2: . . si a substituto legatum sit relictum, quamdiu institutus deliberat, defuncto legatario non nocebit, si postea heres institutus repudiavit; nam ad heredem suum transtulit petitionem.

L. 1 pr. D. eod.: Mortuo patre, licet vivo pupillo, dies legatorum a substituto datorum cedit.

Digitized by Google

Vermächtnisse ein mit dem Tode nicht des Unmündigen, sondern des Vaters. Die Pupillarsubstitution wird behandelt als eine anomal erweiterte Vulgarsubstitution. Der Pupillarsubstitut wird als heres secundus des Vaters angesehen[20].

2. Ist jemandem ein höchst persönliches Recht vermacht d. h. ein solches, das mit seinem Tode erlischt, z. B. ein Nießbrauch, so interessirt ihn die Erwerbung erst, wenn er Auszahlung verlangen kann[21], da hier nicht transmittirt wird. Ein solches Vermächtniß wird deshalb erst erworben mit dem Zeitpuncte sub Nr. C.

Ad C. Das klagbare Recht auf das Vermächtniß. Dies legati venit.

Wann kann man auf Auszahlung des bereits erworbenen Vermächtnisses klagen? „Quando dies legati venit?" Die richtige Antwort ist:

1. Bei unbedingten und unbetagten Vermächtnissen venit dies, sobald der Erbe die Erbschaft angetreten hat[22].

2. Bei bedingten und betagten Vermächtnissen muß erst noch der Eintritt der Bedingung oder des dies abgewartet werden[23].

3. Ist ein Vermächtnißnehmer oder sonst jemand außer dem Erben der Belastete, so venit dies, wenn er das ihm Zugedachte

---

20) Modo cit. l. 1 pr. D. 36. 2.

L. 7 § 4 D. eod.: Tantundem et si ab impuberis substituto legetur; nam ad heredem suum legatum transfert. § 5. Tractari tamen potest, si impuberi substitutus damnatus sit, si intra pubertatem filius decesserit, Sejo centum dare: an vivo pupillo defunctus Sejus ad heredem transferat . . ? Et magis est, ad heredem legatarii transferre.

21) L. 2 D. 36. 2: Si pure sit ususfructus legatus, vel usus, vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit, neque petitio ad heredem transit. Idem et si ex die sit ususfructus relictus.

L. 3 D. eod.: Nam quum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit.

L. 9 D. eod.: Si habitatio . . legata sit . . quum personae cohaerest, recte dicitur, ante aditam hereditatem diem non cedere.

Cit. l. 5 § 1 D. h. t. (cf. Anm. 13).

22) L. 32 pr. D. de leg. II.: Omnia, quae testamentis sine die vel conditione adscribuntur, ex die aditae hereditatis praestantur.

Cit. l. 36 § 2 i. f. D. de leg. I.: . . ex die aditae hereditatis ejus intelligetur legatum.

Cit. l. 7 pr. D. 36. 2 (cf. Anm. 13).

23) Cit. l. 21 pr. D. 36. 2 (cf. Anm. 14).

Digitized by Google

erworben hat. So lange er dasselbe nicht erworben hat, kann von ihm nur die Abtretung seiner Klage gegen den Erben gefordert werden[24].

2. Folgen des Erwerbs.

§ 96.

a. Allgemeine Grundsätze.

Marezoll in der Gieß. Zeitschrift Bd. IX. S. 274 ff. Deuffert, Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalfideicommissen nach röm. Recht. München 1854. und dazu krit. Ueberschau Bd. II. S. 169. Fitting, Wie werden vermachte eigene Sachen des Erblassers von Seiten des Vermächtnißnehmers erworben? im civil. Arch. Bd. XLII. Nr. 8. Arndts § 560. Puchta § 541. Brinz § 222. Sintenis § 213. Nr. II. Böcking Erbr. III. B. § 142. Mayer § 7—9. Göschen § 1047. Müller S. 842. Nr. II. Vering S. 732—733. Keller § 573. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 309—311.

I. Aus dem im vorigen Paragraphen Vorgetragenen folgt:

Auf eine mir vermachte Sache, z. B. ein Haus, erwerbe ich in der Regel dann ein vererbliches Recht, sobald ich den Tod des Erblassers (dies cedens, die Delation) erlebe, und zwar einerlei, ob das Haus eine species testatoris propria war, oder ob es dem Testator zwar gehörte, aber nicht als species mir vermacht ist, oder endlich ob es dem Testator gar nicht gehörte.

Damit aber habe ich noch keineswegs ein klagbares Recht auf das Haus erworben, weder ein persönliches auf Uebergabe des Hauses, noch die rei vindicatio. Dies geschieht erst mit dem dies veniens.

A. Ist mir eine species testatoris propria vermacht, d. i. eine dem Erblasser gehörige und zwar eine bestimmte, nicht erst aus anderen auszuwählende Sache, z. B. des Testators Wohnhaus, und zwar die Sache selbst, so erwerbe ich ein klagbares Recht auf die Sache, nämlich Eigenthum und rei vindicatio ganz von selbst mit dem dies veniens. Ist mir an solchen Sachen ein jus in re vermacht, z. B. ein Pfandrecht, so erwerbe ich dasselbe mit diesem Zeitpuncte ebenfalls von selbst. Wenn daher der Erblasser eine ihm gehörige species

1. pure mir vermacht, so werde ich Eigenthümer, sobald der Erbe die Erbschaft antritt[1] (cf. § 39 Nr. III. 2. § 95 ad Nr. C. 1).

---

24) L. 8 pr. D. de leg. III.: Si legatarius, a quo fideic. datum est, petierit legatum, id tantum, quod per judicem exegerit, praestare fideicommissario cogetur, vel, si non exegerit, actione cedere. . .

L. 70 pr. D. de leg. II.

1) L. 80 D. de leg. II.: Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas. Quod eo pertinet, ut, si

Digitized by Google

Der Erbe daher, der die Erbschaft antrat, kann diese Sache nicht gültig veräußern[2], weil sie ihm nicht mehr gehört. L. 80 i. f. D. cit. Thut er es, so kann ich sie von jedem Dritten vindiciren und zwar so, daß der Besitzer sie mir nicht einmal durch die ordentliche Ersitzung abverjähren kann[3].

2. War aber das Vermächtniß bedingt und ist die Bedingung zur Zeit des Erbantritts noch schwebend, so gehört vorläufig die Sache dem Erben. Er kann sie daher auch veräußern, weil man ja noch gar nicht weiß, ob die Bedingung je eintreten wird. Allein wenn dann die Bedingung später eintritt, so wird die Veräußerung rückwärts vernichtet[4]. (Analog ist der Fall, wenn der Erbe die vermachte Sache

---

pure res relicta sit, et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis.

Const. 1 Cod. 6. 43: bes. verbis: . . actiones contra res testatoris esse instituendas . ., sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est . . .

L. 69 pr. D. de leg. I.: Servo legato legari posse receptum est, quod adita hereditate statim servus acquiritur legatario, deinde sequetur legatum.

Cit. l. 86 § 2 l. 38 § 1 l. 44 § 1 D. de leg. I. (cf. § 95 Anm. 5).

L. 86 § 1 D. de leg. I.

2) Const. 3 § 2 Cod. 6. 43: . . Nemo itaque ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt, vel quae restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita, . . putet esse . . alienanda, vel pignoris vel hypothecae titulo assignanda . . sciat, hoc, quod alienum est, non ei licere . . alieno juri applicare . . .

3) Cit. const. 3 § 3 Cod. eod. (cf. Anm. 4).

4) L. 69 § 1 D. de leg. I.: Si servum sub conditione legatum heres alienaverit, deinde conditio extiterit, potest nihilominus a legatario vindicari . .

L. 105 D. 35. 1: Si fundum a testatore sub conditione legatum heres alii pendente conditione legavit, post existentem conditionem, quae priori testamento praeposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedit . .

Const. 3 § 3 Cod. 6. 43: Sin autem sub conditione vel sub incerto die fuerit relictum legatum . ., melius . . faciet, et si . . caveat ab omni venditione . . . Sin autem . . propter spem conditionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit, sciat, quod, conditione impleta, ab initio causa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerit celebrata, ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium . . procedat. Quod similiter obtinere censemus in hujusmodi legatis, sive pure sive sub die certo, sive sub conditione sive sub in-

Digitized by Google

veräußerte, während der Vermächtnißnehmer deliberirte und hinterher dieser annimmt. Auch hier wird die Veräußerung rückwärts vernichtet. L. 15 D. 34. 5 cit. in § 95 Anm. 12.) Das Eigenthum der Sache fällt ipso jure mir an mit dem Eintritt der Bedingung. Ich kann sie daher von jedem dritten Besitzer vindiciren, und zwar auch dann, wenn inzwischen die ordentliche Verjährungszeit schon abgelaufen ist. Der Erbe muß hier den Käufer ꝛc. entschädigen[5] (cf. Savigny Syst. Bd. III. S. 193).

3. Ist die Sache ex die certo vermacht (cf. § 37 Nr. I. B.), so erwirbt der Erbe mit dem Erbschaftsantritt vorläufig auch ihr Eigenthum, aber mit dem Eintritt des dies fällt dasselbe mir an (cf. § 95 ad Nr. C.). Da ein dies certus ganz gewiß eintritt, so verbietet Justinian dem Erben die Veräußerung. Veräußert er daher doch, so ist die Veräußerung nichtig und mit dem Eintritt des dies kann ich wiederum die Sache von jedem Dritten vindiciren[6].

B. Ist der Gegenstand des Vermächtnisses nicht species testatoris propria, sondern entweder ein erst aus anderen ihm gehörigen Gegenständen auszumittelnder, z. B. der Erblasser vermacht mir eins seiner Pferde nach meiner Wahl, oder ist derselbe gar nicht ein ihm gehöriger, z. B. er legt dem Erben auf, eine diesem gehörige Sache mir herauszugeben, so erwerbe ich das Eigenthum der Sache nicht von selbst. Ebenso erwerbe ich nicht von selbst das dingliche Recht, das mir an einer solchen Sache vermacht ist. Der dies veniens giebt mir hier nur ein persönliches klagbares Recht gegen den Erben, bez. gegen den Onerirten, auf Einräumung des mir vermachten Rechts. Sobald der Erbe antritt, conditio oder dies eintritt, oder der mit einem Aftervermächtniß beschwerte Vermächtnißnehmer sein Vermächtniß erwirbt: habe ich gegen den Onerirten eine actio personalis ex testamento sive ex codicillis erworben (const. 1 Cod. 6. 43 cit. cf. Arndts § 560 Anm. 1. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 311. Vangerow § 531).

---

certo die relicta sint . . In his omnibus casibus legatario . . licentia pateat rem vindicare . . nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.

5) Const. 3 § 4 Cod. 6. 43: . . bonae fidei . . emtoribus integra jura . . contra venditores (sc. contra heredes) habentibus.

6) Cit. const. 3 § 2. 3 i. f. Cod. 6. 43 (cf. Anm. 4).

Digitized by Google

II. Hat der Erblasser eine gegen einen Dritten ihm zustehende bestimmte Forderung mir vermacht (nomen legatum cf. § 115 Nr. I.), so ist seine persönliche Klage gegen den Schuldner mit der Antretung des Erben sofort als utilis mir erworben[7].

§ 97.

b. Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen.

Dig. de usufructu accrescendo (7. 2). Cod. de caducis tollendis (6. 51).

Caimus, De jure accrescendi ad Leg. 89 D. de leg. III. in Lucubr. p. 410 sq. Heimsoeth, De usufructu accrescendo ex jure rom. Colon. 1831. Holtius, Observations sur le droit d'accroissement entre legataires, in der Thémis ou Biblioth. du Jurisconsulte. Tom. IX. p. 235 sq. p. 534 sq. Witte ad leg. 10 sq. D. de usufr. accresc. (7. 2) in s. Abhdlg. Nr. 1. Francke l. c. im § 90. Schneider, Das altcivile und Justinian. Anwachsungsrecht bei Legaten. Berlin 1837 (vergl. Huschke in Richter's krit. Jahrb. 1838. S. 307 ff.). Arndts § 556. 575. Puchta § 542. Brinz § 221. Sintenis § 213. Holzschuher S. 951—965. Böcking Erbr. III. B. § 144. Mayer l. c. § 59. S. 85 ff. Baumeister l. c. § 59 S. 235 ff. Rosshirt Vermächt. Bd. I. S. 589 ff. S. 616 ff. Göschen § 1051. Müller § 212. Vangerow § 547. 554. Vering S. 727—730. Keller § 587. Witte im Rtsl. Bd. 1. S. 313—325.

Das Accrescenzrecht bei Vermächtnissen beruht auf einem andren Principe, als das bei der Testaments- und Intestaterbfolge eintretende (cf. § 6 Nr. IV. i. f.). Fällt ein Vermächtnißnehmer weg, so wäre, auch wenn gar kein Accrescenzrecht existirte, dennoch immer jemand vorhanden, der das Vermächtniß behalten kann, nämlich der Erbe, bez. der Onerirte. Der Erbtheil eines wegfallenden Miterben dagegen würde ohne Accrescenzrecht eine vollständige Lücke in der Beerbung bilden. Daher lassen die Gesetze bei Vermächtnissen das Anwachsungsrecht nur da eintreten, wo es dem kundgegebenen vermuthlichen Willen des Erblassers gemäß erscheint, weshalb es hier denn auch vom Testator ausgeschlossen werden kann.

Fällt daher ein Vermächtniß aus irgend einem Grunde zusammen (cf. § 89—94), so wird es eben nicht ausgezahlt und der Onerirte behält es; außer:

A. Der Vermächtnißnehmer hätte einen Substituten, der dann eintritt. Cit. l. 50 pr. D. de leg. II. (cf. § 88 Anm. 1). Eine Transmission des Vermächtnisses ante diem cedentem kann nie Statt finden (cf. § 95 ad Nr. A.).

---

7) Const. 18 Cod. 6. 37: Ex legato nominis actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experiatur.

Digitized by Google

B. Er hätte einen Collegatar[1]; denn dann accrescirt diesem, wenn kein Substitut da ist, oder auch dieser nicht erwirbt, der Theil des Weggefallenen[2], und zwar nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers. Ob nun im gegebenen Falle dieser vorliegt, oder nicht? wird, wie bei testamentarischen Miterben, so auch hier beurtheilt nach der Art und Form der gemeinsamen Zuwendung (Verbindung, Conjunction cf. § 59 Nr. II. A. B. C.).

Zur Zeit der classischen Juristen unterschied man dabei Vindications- und Damnationslegat (cf. § 82 Nr. A. 1. 2). War Mehren dieselbe Sache per vindicationem ungetheilt vermacht, so bekam, wenn einer ausfiel, der Andre das Ganze. Diese schlichte Interpretation wandte man auf einem andren Gebiete nicht an. Die lex Julia et Papia Poppaea nämlich hatte viele Legate für caduk erklärt, über die das Gesetz selbst verfügt, indem es erklärt, diese bona caduca sollen zunächst den collegatariis conjunctis zu Gute kommen. Hierbei handelt es sich nun nicht um eine Willensmeinung des Testators, sondern um positive Interpretation auf Grund eines fiscalischen Gesetzes. Aus Versehen oder Zufall ist nun eine Stelle dieser Art, die l. 89 D. de leg. III. (cf. Anm. 4), die zu großen Mißverständnissen Veranlassung gegeben hat, in die Pandecten gekommen.

Im Justinianischen Recht war zwischen Vindications- und Damnationslegat jeder nicht wesentliche Unterschied verschwunden, die lex Julia et Pap. Popp. beseitigt und so erklärt Justinian einfach in const. unic. § 11 Cod. 6. 51 die conjunctio solle stets nach der Willensmeinung des Testators interpretirt werden. Dabei muß man nun unterscheiden:

1. Der Erblasser hat mehren Vermächtnißnehmern gesonderte Theile gegeben und dieselben nur in derselben Wortfassung bedacht (verbis tantum conjuncti). Hier sind zwei unter einander

---

1) L. 80 D. de leg. III.: . . conjunctim legari hoc est . . . tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri.

L. 34 § 10 D. de leg. I.: Sed si in pupillari testamento alii eandem legaverit, quam mihi in suo testamento legavit, Julianus scribit, concursu partes nos habere . . igitur partem habebit is, cui in suo testamento legavit.

2) L. 3 pr. D. 7. 2: . . Cui sententiae congruit ratio Celsi dicentis, toties jus accrescendi esse, quoties in duobus, qui in solidum habuerunt, concursu divisus est.

Digitized by Google

abgesonderte Vermächtnisse blos in einen Satz gerückt. Daraus folgt kein Accrescenzrecht[3]. Z. B.: „A. und B. sollen je 1000 fl." oder „C. und D. sollen mit einander mein Landgut haben und zwar C. ½, D. ⅔". Fällt hier A. aus, so bekommt nicht B. dessen 1000 fl., sondern der Oneritte behält sie. Fällt C. aus, so bekommt nicht D. dessen ½ am Landgute, sondern der Onetirte lucrirt diesen Antheil.

Auf Grund der l. 89 D. de leg. III.[4] hat man früher auch bloßen verbis conjunctis ein Anwachsungsrecht eingeräumt. Allein die cit. Stelle spricht gar nicht vom Accrescenzrecht, sondern von der Caducität. Auch bei Legaten hatte die lex Julia et Papia Poppaea das Accrescenzrecht aufgehoben. Was ein Legatar nicht erwarb oder nicht erwerben konnte, weil er unverheirathet war oder keine Kinder hatte, fiel an den Fiscus. Nur solche Erben und Legatare, welche Kinder hatten, gingen dem Fiscus vor. Unter mehren entschied die verborum conjunctio (cf. § 59 Nr. II.).

Auch die const. unic. § 11 Cod. 6. 51 enthält nichts von einem Accrescenzrecht der bloßen verbis conjuncti, wie man irrig neuerlich behauptet hat (cf. Arndts § 556 Anm. 5).

Eine einzige Ausnahme allerdings ist aufgestellt in l. 41 pr. D. de leg. II.[5]. „Dem A. vermache ich das eine ½ meines Grundstücks, dem B. das andre ½. Dasselbe Grundstück vermache ich auch dem C." Hier sind A. und B. verbis conjuncti, C. dagegen ist

3) L. 84 § 12 D. de leg. I.: Quibus ita legatum fuerit: „Titio et Maevio singulos servos do lego", constat, eos non concursuros in eundum servum, sicuti non concurrunt, quum ita legatur: „Titio servum do lego; Maevio alterum servum do lego" (vglch. hiermit cit. l. 3 pr. D. 7. 2 in Anm. 2).

L. 11 D. 7. 2: Quum „singulis ab heredibus singulis ejusdem rei fructus" legatur, fructuarii separati videntur non minus, quam si „aequis portionibus duobus ejusdem rei fructus" legatus fuisset. Unde fit, ut inter eos jus accrescendi non sit.

4) L. 89 D. de leg. III.: Praefertur . . omnimodo ceteris, qui et re et verbis conjunctus est. Quodsi re tantum conjunctus sit, constat, non esse potiorem. Si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non, quaestionis est: an conjunctus potior sit? Et magis est, ut et ipse praeferatur.

5) L. 41 pr. D. de leg. II.: „Maevio fundi partem dimidiam lego, Sejo partem dimidiam lego; eundem fundum Titio lego". Si Sejus decesserit, pars ejus utrique accrescit, quia, quum separatim et partes fundi, et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars, quae cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat.

Digitized by Google

ihnen re conjunctus und verkleinert durch seine Concurrenz den beiden verbis conjunctis ihre Antheile. Fällt nun B. aus, so würde, wenn verbis conjuncti das jus accrescendi nicht hätten, der dem B. zugewiesene Theil nicht dem A., sondern nur dem C. accresciren. Hier soll nun aequitatis ratione der Antheil des B. sowohl dem A., als dem C. jure accrescendi zukommen.

2. Der Erblasser hat Mehre mit einander zu einem Vermächtniß berufen, so daß sie durch ihre Concurrenz sich gegenseitig beschränken (re conjuncti). Das Vermächtniß ist ungetheilt vermacht. Jedem ist das Ganze vermacht. Theilung entsteht erst, wenn alle das Vermächtniß erwerben. Concursu partes fiunt. Sobald nun einer das Vermächtniß nicht erwirbt, fällt es dem Anderen zu; oder vielmehr es bleibt ihm ganz. Ei non decrescit. Daher der Grundsatz: Re conjunctis accrescit[6]. Dies ist dem Willen des Erblassers gemäß, da derselbe die ausfallende Portion doch gewiß eher dem Collegatar gönnt, als dem Onerirten. Wir müssen jedoch unterscheiden:

a. Collegatarii re tantum conjuncti, non verbis, wenn dieselbe Sache zuerst dem A. und in einem neuen Satze auch dem B. vermacht wird. Z. B. „A. soll mein Haus haben. Auch dem B. vermache ich dasselbe". Fällt hier A. aus, so bekommt B. als re conjunctus durch Accrescenz das ganze Haus. Eigentlich decrescirt ihm nur nichts, da ihm ja von Anfang an schon das ganze Haus vermacht war. Dem re tantum conjunctus accrescirt der vacante Erbtheil ipso jure. Die seinem Collegatar auferlegt gewesenen onera braucht er nicht zu erfüllen[7].

---

6) § 8 I. 2. 20: Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim (i. e. verbis conjungentibus), sive disjunctim (i. e. verbis non conjungentibus), si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum. Si vero alter deficiat . . totum ad collegatarium pertinet. Conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat: „Titio et Sejo hominem Stichum do lego". Disjunctim ita: „Titio hominem Stichum do lego. Sejo Stichum do lego". Sed et si expresserit: „eundem hominem Stichum", aeque disjunctim legatum intelligitur.

7) Const. unic. § 11 med. Cod. 6. 51: Sin autem disjunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat . . nisi testator . . expressim disposuerit, ut uni . . res solida, aliis autem aestimatio singulis in solidum praestetur. Sin vero non omnes legatarii, quibus se-

Digitized by Google

b. Collegatarii re et verbis conjuncti, wenn dieselbe Sache in einer Wortverbindung Mehren zusammen vermacht war. Z. B. „ich vermache mein Haus dem Titius und meinen drei Brudersöhnen A., B., C.“ Hier bekommen die drei Söhne nur je einen Kopftheil von ⅓ des Hauses. Sie beschränken sich in engrer Weise, sollen dafür wieder aber auch einen Vorzug haben, so daß, wenn B. wegfällt, sein Antheil nur dem A. und C., nicht aber auch dem Titius accrescirt. Sie bilden also eine besondre Gruppe und genießen vor den bloßen re conjuncti ein bevorzugtes Accrescenzrecht. Jedoch hängt es von ihnen ab, ob sie das Accresciren wollen, oder nicht. Nehmen sie es an, so müssen sie die auf die accrescirende Portion gelegten onera erfüllen[8].

Das Resultat dieser ganzen Lehre können wir in drei einfache Sätze zusammenfassen:

α. Den re et verbis conjunctis accrescirt der vacante Antheil in erster Linie und zwar si volent et cum onere.

β. Den re conjunctis accrescirt derselbe ipso jure, sed sine onere.

---

paratim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat: haec solida ejus sit; quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a priore abstrahentibus, ut ex aliorum .. concursu prioris legatum minuatur. Si nemo vero alius veniat, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii accrescit, sed apud eum ipsum, qui habet, solida remaneat, nullius concursu deminuta. Et ideo si onus fuerit in persona ejus, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omnimodo impleat .., sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum tantum legatum imminutum habet. Sed et varietatis non in occulto sit ratio, quum ideo videtur testator disjunctim haec reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat. Nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas, conjunctim ea disponere.

8) Const. unic. § 11 init. Cod. 6. 51: Ubi .. legatarii .. duo vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem hoc conjunctim relinquatur (i. e. re et verbis conjuncti): et omnes veniant ad legatum et pro sua portione quisque hoc habeat. Si vero pars quaedam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est. Cum autem quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere.

Digitized by Google

γ. Den bloßen verbis conjunctis accrescirt nie.

C. Wenn Mehren zusammen der Nießbrauch einer Sache vermacht ist, so tritt auch hier ein Accresciren nach den gewöhnlichen Grundsätzen ein[9]. Allein aus der Natur des Nießbrauchs folgen hier besondre Grundsätze (cf. § 114 Nr. A. Vangerow § 554).

1. Namentlich kann hier ein Accrescenzrecht noch eintreten, wenn auch alle den ususfructus bereits erworben haben, sobald einer stirbt und dadurch der Nießbrauch, den dieser hatte, aufhört, also den Uebrigen der ganze Nießbrauch zufällt[10].

2. Ein vacant gewordener Theil des ususfructus accrescirt mir durch den Tod meines Collegatars selbst dann noch, wenn ich meinen Antheil schon verloren habe, z. B. durch non usus, wenn nämlich mein Collegatar seinen Antheil bis an seinen Tod ausgeübt hat. Auf diese Weise gelange ich sogar zum ususfructus in totum. Ususfructus non portioni, sed homini accrescit[11].

3. Kein Accrescenzrecht tritt ein, wenn der Nießbrauch Mehren zum Zweck der Alimentation vermacht ist und jeder schon aus seinem Antheile hinreichende Alimente hat, weil nämlich hier ein Accresciren nicht als dem letzten Willen des Testators angemessen erscheint[12].

---

9) L. 1 pr. D. 7. 2: Quoties ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est jus accrescendi, si conjunctim sit ususfructus relictus . ., si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio jus accrescendi cessat. § 1.

10) L. 1 § 3 D. eod.: . . Etsi non sint conjuncti, tamen ususfructus legatus alteri accrescit: utputa si mihi fundi ususfructus separatim totius et tibi similiter fuerit relictus; nam . . concursu partes habemus. Quod et in proprietate contingeret. Nam altero repudiante, alter totum fundum haberet. Sed in usufructu hoc plus est, quia, et constitutus et postea amissus, nihilominus jus accrescendi admittit . . . Quum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum. Nec refert, conjunctim, an separatim relinquatur.

11) L. 10 D. eod.: Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti, accrescit. Nam si ususfructus duobus fuerit legatus, et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit: partem dimidiam duntaxat, quam amisit, qui litem contestatus est adversus eum, qui se liti obtulit, a possessore consequitur. Pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis. Ususfructus enim personae accrescit, etsi fuerit omissus.

12) L. 57 § 1 D. 7. 1: Per fideicommissum fructu praediorum ob alimenta libertis relicto, partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit.

Digitized by Google

§ 98.

c. Obligatio quasi ex contractu des Onerirten und Klagen des Vermächtnißnehmers.

Cod. de usuris et fructibus legatorum seu fideicommissorum (6. 47).

Marezoll in der Gieß. Zeitschr. Bd. IX. S. 274 ff. Holtius, Est ce l'acceptation de l'hérédité, qui produisait en droit Romain, l'obligation entre l'héritier et les légataires? in der Thémis Vol. VII. p. 524 sq. Derselbe in Hugo's civil. Magaz. Bd. VI. Nr. 17. Thibaut, Ueber die Verzinsung illiquider Schulden, besonders mit Rücksicht auf die Quarta Falcidia im civil. Arch. Bd. IX. Nr. 6. Löhr, das. Bd. V. Nr. 7. Fritz, Ueber die Collision der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben, im civil. Arch. Bd. XII. Nr. 12. Arndts § 558. Puchta § 543. Brinz § 223. Sintenis § 214. Holzschuher S. 904—907. Böcking Ordr. III. B. § 146. 147. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 500 ff. Göschen § 1048. § 1050. Müller § 215. Bangerow § 531. Bering S. 734—736. Keller Instit. § 334. Pand. § 573. 574. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 305—307.

I. Aus jedem Vermächtniß, selbst aus demjenigen, durch welches Eigenthum und rei vindicatio erworben wird, entsteht ein Forderungsrecht des Honorirten gegen den Onerirten quasi ex contractu[1] auf Entrichtung des Vermächtnisses cum omni causa (cf. § 61 ad Nr. II.), d. i. auf vollständige und wirksame Gewährung alles dessen, was der Erblasser dem Honorirten zuwenden wollte[2], auch auf die von außen her die Sache selbst oder deren Werth vergrößernden Accessionen[3], sowie auf die Rechte, ohne die das Vermächtniß nicht seiner Bestimmung gemäß benutzt werden kann, z. B. der Zugang zu einem Grundstücke, dessen Nießbrauch vermacht ist[4].

Kann der eigentliche Gegenstand des Vermächtnisses ohne Verschulden des Verpflichteten gar nicht, oder doch nur mit unbilliger Beschwerung beschafft werden, so wird der Schätzwerth gezahlt[5]. Auf

---

1) Cit. § 5 I. 3. 27 (cf. § 61 Anm. 24).

2) L. 11 § 25 D. de leg. III.: Si quis, opus facere jussus, paratus sit, pecuniam dare Reipublicae, ut ipsa faciat: quum testator per ipsum id fieri voluerit, non audietur.

Cf. l. 39 pr. l. 44 § 9 l. 116 § 4 D. de leg. I.

3) L. 34 pr. D. l. 52 § 7 D. de leg. III.

4) L. 44 § 9 D. de leg. I.: Si duos fundos habens testator alterius mihi usumfructum, alterum Titio leget: aditum mihi legatarius non debebit; sed heres cogetur, redimere aditum et praestare.

5) L. 11 § 17 D. de leg. III.: quum per fideicommissum aliquid relinquitur, ipsum praestandum, quod relictum est; quum vero ipsum praestari non potest, aestimationem esse praestandam.

L. 14 § 2 D. eod.: Sed si cui legatum est relictum, ut alienam rem

Digitized by Google

Ersatz des ganzen Interesses geht die Forderung des Vermächtnißnehmers, wenn die Leistung durch Verschulden des Belasteten vereitelt ist und zwar haftet der Onerirte in der Regel für omnis culpa. Dasselbe gilt auch vom Vermächtnißnehmer, der ein Aftervermächtniß zu leisten hat. Soll der Onerirte alles Empfangene restituiren, so haftet er nur für dolus und lata culpa[6]. Trifft ein casus die Sache, so wird der Onerirte frei. Für Untergang oder Deterioration der vermachten Sache durch casus haftet der Erbe jedoch, sobald er anfängt, in mora zu sein[7]. Hat der Erbe selbst, ohne das Vermächtniß zu kennen, die Sache vernichtet oder verzehrt, so muß er den Werth erstatten[8]. Der Vermächtnißnehmer muß die Sache nehmen, wo und

---

redimat, . . si redimere non possit, quod dominus non vendat, vel immodico pretio vendat, justam aestimationem inferat.

L. 71 § 3. 4 D. de leg. I.

6) L. 108 § 12 D. de leg. I.: Quum quid tibi legatum . . sit, . . si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere, existimavit; sicut in contractibus bonae fidei servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur.

L. 47 § 4 D. eod.: Si res aliena, vel hereditaria, sine culpa heredis perierit, vel non compareat, nihil amplius, quam cavere eum oportebit. Sed si culpa heredis res perierit, statim damnandus. § 5. Culpa autem qualiter sit aestimanda? videamus: an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam, quae levis est? an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? Quod verius est.

L. 22 § 3 D. 36. 1: . . si quis rogetur restituere hereditatem . ., non cogi eum reddere, quod non habet. Culpae plane reddere rationem, sed ejus, quae dolo proxima est . . (Der Widerspruch mit l. 47 D. cit. hebt sich, wenn wir annehmen, Ulpian habe in l. 22 § 3 D. cit. einen solchen Fall grade im Auge, in welchem der Erbe die ganze Erbschaft herausgiebt cf. Göschen § 1048. Keller § 573 Anm. 6).

7) L. 39 § 1 D. de leg. I.: . . rei interitum post moram debet . . Si post moram res interierit, aestimatio ejus praestatur.

L. 47 § 6 D. eod.: . . si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi. Quod ita verum est, si non post moram factum id evenerit. Potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Const. 3 Cod. 6. 47: Si homines certi per fideic. tibi relicti fuerint, post moram periculo debitoris fideicommissi fuerunt.

8) L. 63 D. de leg. II: Si heres rem legatam in funus consumsit . ., per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur.

L. 13 pr. D. eod.

Digitized by Google

wie sie ist. Auch für Eviction haftet der Erbe nicht[9], ausgenommen bei Vermächtnissen, die in den Pflichttheil eingerechnet werden[10] und wenn Sachen ex genere vermacht sind, so daß der Honorirte unter mehren zu wählen hat (cf. § 111).

1. Der Erbe haftet dem Honorirten dafür, daß auf der vermachten Sache nicht ein Pfandrecht ruhe. Ruht ein solches darauf, so hat der Erbe es zu löschen, bez. wenn der Pfandgläubiger ihm die Sache abnimmt, ihn zu entschädigen; vorausgesetzt, daß der Testator die Verpfändung kannte[11]. Hat der Pfandgläubiger die vermachte Sache, auf der ein Pfandrecht ruhte, vivo testatore verkauft, so hat der Erbe dem Vermächtnißnehmer noch den Werth auszuzahlen; denn in dieser Veräußerung von Seiten des Gläubigers kann ein Widerruf von Seiten des Testators nicht gefunden werden[12].

2. Für Prädialservituten und ähnliche Lasten dagegen haftet kein Erbe (cf. § 106). Stehen solche Servituten dem Erben selbst zu, so behält er sie auch. In der Regel tritt hier eine confusio nicht ein, weil der Erbe an dem vermachten dienenden Nachlaß-Grundstück das Eigenthum gar nicht erwirbt. Ist bei der Antretung des Erben das Vermächtniß noch gar nicht fällig, z. B. weil es sub conditione hinterlassen war, und diese noch schwebt, so wird der Erbe inzwischen allerdings Eigenthümer (cf. § 96 Nr. A. 2) und seine Servituten erlöschen. Geht später das Eigenthum auf den Vermächtnißnehmer über, so leben sie wieder auf.

---

9) L. 45 § 2 D. de leg. I.: Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est.

L. 108 pr. D. eod.: Si servus legatus vivo testatore fugisse dicatur: et impensa et periculo ejus, cui legatus sit, reddi debet: quoniam rem legatam eo loco praestare heres debeat, in quo a testatore sit relicta.

10) Cit. const. 36 pr. Cod. 3. 28 (cf. § 131).

11) § 5 I. 2.20: Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. Et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena; ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus, rem obligatam esse. Si tamen defunctus voluit, legatarium luere, et hoc expressit, non debet heres eam luere.

Cit. const. 3 Cod. 6. 37 (cf. § 92 Anm. 10).

12) Const. 6 Cod. 6. 42: Praedia obligata . . heres luere debet . . . Sin vero a creditore distracta sunt, pretium heres exsolvere cogitur: nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur.

Digitized by Google

Steht einem Dritten an der vermachten Sache ein Nießbrauch zu, so soll im Zweifel der Erbe hierfür einstehen, d. i. hierfür entschädigen, falls nämlich nicht klar ist, daß der Testator diesen Nießbrauch kannte und dem Vermächtnißnehmer vorläufig nur die nuda proprietas hinterlassen wollte[13]. Hat der Erbe selber Nießbrauchsrecht, so verliert er es und der Vermächtnißnehmer bekommt volles Eigenthum[14].

3. Dem Erben gehören und verbleiben die Früchte und Zinsen, die er in der Zwischenzeit aus der vermachten Sache zieht, d. i. bis er etwa in Verzug kommt, nämlich bis der Honorirte nach § 95 Nr. C. das Vermächtniß von ihm ausgezahlt verlangen kann und wirklich verlangt[15] (cf. § 39 Nr. III. 2. § 103 Nr. IV. A.)

Die mora des Erben entsteht durch interpellatio. Nur bei Vermächtnissen ad pias causas tritt ohne Mahnung die Verbindlichkeit ein, Früchte und Zinsen von der Todeszeit an zu ersetzen, wenn der Onerirte sie nicht binnen 6 Monaten nach der Bekanntmachung des letzten Willens aus freien Stücken entrichtet hat[16]. Mit der Strafe des duplum wird er gebüßt, wenn er es zur Klage kommen läßt[17].

II. Außer dem persönlichen Anspruch gegen den Onerirten aus der obligatio quasi ex contractu steht dem Honorirten eintretenden Falls das schon erwähnte directe Eigenthumsrecht, bez. ein directes jus in re aliena, zur Seite, aber auch ein gesetz-

---

13) L. 66 § 6 D. de leg. II.: Fundo legato, si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede . . . fundo relicto, ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia, si fundus pignori datus vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus . . Sin autem res mea legatur mihi, legatum propter istas causas non valebit (cf. Vangerow. S. 512).

14) L. 76 § 2 D. eod.: Dominus, herede fructuario scripto, fundum sub conditione legavit. Voluntatis ratio non petitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. Diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est . . .

15) Cit. const. 1. 4 Cod. 6. 47 (cf. § 39 Anm. 3).

16) Nov. 131 cap. 12.

17) § 19 I. 4. 6: Mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine dare distulerint usque adeo, ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim . . in duplum fit condemnatio. § 23 eod.

Digitized by Google

liches Pfandrecht am erbschaftlichen lucrum des Onerirten. Darnach hat der Vermächtnißnehmer nun drei Klagen.

A. Eine persönliche Klage. Man nennt sie actio legati (die Klage vom Damnationslegat), oder petitio fideicommissi, oder jetzt gewöhnlich actio personalis ex testamento sive ex codicillis[18]. Sie steht dem Vermächtnißnehmer gegen den Onerirten vom dies veniens an zu (cf. § 95 Nr. C.) und dauert 30 Jahre.

Ist jedoch das Vermächtniß an eine negative Potestativbedingung geknüpft, deren Erfüllung erst durch den Tod des Vermächtnißnehmers entschieden werden kann[19] oder von diesem nur durch den schicklich nicht vorauszusetzenden Tod einer naheverbundenen anderen Person[20], so kann der Vermächtnißnehmer die Entrichtung des Vermächtnisses, gleichwie eines unbedingten, fordern, falls er Sicherheit (cautio Muciana) dafür leistet, daß, im Fall der Nichterfüllung der Bedingung, das Empfangene nebst den Früchten werde zurückerstattet werden[21] (cf. § 38 Nr. 5).

B. In den Fällen, in denen das Vermächtniß dem Honorirten unmittelbar Eigenthum oder ein jus in re aliena gewährt (cf. § 96 Nr. A. 1—3), hat derselbe die Wahl, ob er sich sofort als Inhaber jenes dinglichen Rechts geriren und die dingliche Klage anstellen will, z. B. bei einer vermachten species testatoris propria die rei vindicatio, oder ob er sich der persönlichen Klage gegen den One-

---

18) § 2 I. 2. 20: . . quibuscunque verbis aliquid derelictum sit: liceat legatariis id persequi non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam.

Const. 1 Cod. 6. 43: . . censemus, . . omnibus . . legatariis . . non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat, easdem res, vel per quodcunque genus legati vel per fideic. fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda et insuper utilem Servianam, id est hypothecariam, super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare . .

19) Cit. l. 7 pr. D. 35. 1. l. 73 D. eod. (cf. § 38 Anm. 13).

Arg. l. 106 D. 35. 1: Hoc genus legati: „si Titio non nupserit" perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset. Et ideo nec Muciana satisdatione interposita capere legatum potest.

20) L. 72 pr. D. 35. 1: Quum tale legatum esset relictum: „Titiae, si a liberis non discesserit", negaverunt, eam recte cavere, quia vel mortuis liberis legati conditio possit existere. Sed displicuit sententia. Non enim voto matris opponi tam ominosa interponendae cautionis interpretatio debuit. § 1 eod.

21) Cit. l. 18 D. 35. 1 (cf. § 38 Anm. 15).

Digitized by Google

rirten bedienen will auf Verschaffung des Eigenthums oder jus in re. Const. 1 Cod. 6. 43 cit. Auf dies Wahlrecht, das sich wahrscheinlich aus dem S. C. Neronianum herschreibt, bezieht sich l. 76 § 8 D. de leg. II. Eine Cumulation der dinglichen mit der persönlichen Klage ist ausgeschlossen[22].

C. Eine accessorische, nämlich sichernde Klage hat der Bedachte in der actio hypothecaria. Zur Sichrung seiner Ansprüche hat er nämlich ein gesetzliches Pfandrecht an denjenigen Gütern, die der Onerirte mortis causa vom Erblasser erhalten hat[23].

§ 99.

d. Cautio und Missio legatorum servandorum causa.

Dig. ut legatorum seu fidc. causa caveatur (36. 3). Dig. ut in possessione legatorum seu fidc. causa esse liceat (36. 4). Cod. ut in possessionem legat. seu fide. causa mittatur et quando satisdari debeat (6. 54).

Löhr im Magazin Bd. III. S. 195. Derselbe im civil. Arch. Bd. V. Nr. 7. Marezoll in der Gieß. Zeitschr. Bd. IX. S. 127 ff. Bachofen, Die Missionen der Vermächtnißnehmer, in s. Pfandrecht. S. 301—326. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 516 ff. Arndts § 559. Puchta § 543. Brinz § 220. Sintenis § 35 Anm. 18. § 211. Böcking Ordr. III. B. § 146. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 510 ff. Göschen § 1049. Mühlenbruch-Glück Bd. 18. S. 259 ff. Müller S. 872—873. Wangerow § 532. Bering S. 736—744. Keller Institut. § 334. Pand. § 575. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 307—309.

Unter Umständen kann die Auszahlung eines bereits erworbenen Vermächtnisses noch suspendirt sein, z. B. wegen eines beigefügten dies. Hier kann der Vermächtnißnehmer zu seiner Sicherstellung Realcaution vom Onerirten fordern. Dies ist die sogenannte cautio oder vielmehr satisdatio legatorum servandorum causa. Auch vor dem wirklichen Erwerbe z. B. pendente conditione kann sie gefordert werden[1]. Auch bei sofort klagbaren Vermächtnissen kann

22) L. 76 § 8 D. de leg. II.: . . non enim ea mente datum est legatariis, pluribus actionibus uti, sed ut laxior iis agendi facultas sit ex una interim, quae fuerat, electa legatum petere.

23) Const. 1 i. f. Cod. 6. 43: . . et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae, quae gravata est fideicommisso, rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.

1) L. 1 pr. D. 36. 3: Legatorum nomine satisdari oportere, Praetor putavit, ut, „quibus testator dari fieri voluit, his diebus detur vel fiat, dolumque malum abfuturum", stipulentur.

L. 5 § 2 D. eod.: Si dies aut conditio legati . . petitionem differre dicatur, et ideo satisdatio desideretur, heres autem per calumniam postulari contendat, et relictum neget, non aliter audiendus

Digitized by Google

sie wichtig sein, wenn das Vermächtniß an sich nachgewiesen ist, der Onerirte aber Einreden dagegen opponirt oder vielleicht einen Widerruf behauptet. Auch hier kann der Vermächtnißnehmer Caution fordern, weil der Proceß über die Gültigkeit des Vermächtnisses lange dauern kann[2]. Hat das Gericht, dem Antrag des Vermächtnißnehmers auf Bestellung der Caution entsprechend, dem Onerirten diese Bestellung aufgegeben und ist dieser der Aufgabe nicht nachgekommen, so wird dem Vermächtnißnehmer geholfen durch die missio in bona testatoris, die dem Belasteten zugefallen sind; cf. cit. tit. Dig. et Cod. Auch auf die dolo malo veräußerten Sachen kann nach Umständen die missio in bona nach vorheriger causae cognitio erstreckt werden[3].

A. Diese Immission giebt dem Vermächtnißnehmer:

1. ein Innehabungs- und Bewahrungsrecht der Sache (detentio et custodia) neben ihrem Besitzer, d. i. entweder dem Onerirten oder dem bezeichneten dritten Besitzer, wie auch

2. an den so detinirten Gegenständen ein prätorisches Pfandrecht und zwar so lange, bis das Vermächtniß selbst oder jene beantragte Sicherheit für dasselbe geleistet ist[4]. Ist dies nach sechs Monaten,

---

erit, qui cavere postulat, quam si scripturam, qua relictum affirmet, exhibuerit.

Const. 1 Cod. 6. 54: Quoniam nihil actor amplius postulat, quam ut fideicommissi nomine satisdetur, non debet is, qui juri dicundo praeest, subtiliter cognoscere: „debeatur nec ne fideicommissum?“ sed tantum decernere, ut satisdetur.

L. 14 D. 36. 3 cit. l. 15 pr. D. eod. (Anm. 2).

2) L. 15 pr. D. h. t.: Etiam de praesenti legato locum habet haec satisdatio, quoniam nonnullas moras excercitio judicii habet.

L. 5 § 1 l. 16 D. eod.

3) L. 5 § 5 D. 36. 4: . . earum autem, quae in causa hereditaria non erunt, non alias mittitur, quam si dolo malo in ea causa esse desierit, nec semper sed causa cognita.

L. 8 D. eod. Const. 6 Cod. 6. 54.

4) L. 5 pr. D. 36. 4: Is, cui legatorum . . nomine non cavetur, missus in possessionem, nunquam pro domino esse incipit, nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur. Neque enim expellendi heredem jus habet, sed simul cum eo possidere jubetur, ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat heredi cautionem.

L. 6 § 1 D. eod.: Qui fideicommissi servandi causa in possessionem missus est, non prius de possessione decedere debet, quam ei fideicommissum solutum, aut eo nomine satisdatum fuerit.

Digitized by Google

nachdem der Onerirte beim competenten Richter belangt ist, noch nicht geschehen, so kann

B. der Vermächtnißnehmer missio in propria bona des Onerirten verlangen (missio in possessionem Antoniniana) mit dem Recht, sich aus dem Ertrage des Vermögens (aus den Früchten) selbst Befriedigung seines Anspruchs auf das Vermächtniß zu verschaffen[5]. Diese missio ist selbst gegen Dritte zulässig, welche fideicommisso moram faciunt. L. 5 § 16 i. f. D. cit.

Ausnahmsweise fällt die Caution weg:

1. Der Testator kann sie gültig erlassen[6], allein, wenn spätre Umstände den Vermächtnißnehmer zu Sicherheitsmaßregeln an sich berechtigen, so muß sie deshalb bestellt werden, z. B. wenn der Erbe vorher auswandern wollte.

2. Die Cautionsbestellung findet nicht Statt, wenn ein Ascendent einem Descendenten zum Vortheil von dessen Geschwistern Vermächtnisse auferlegt; ebenso wenn der Ascendent seinem Sohne oder seiner Tochter Vermächtnisse für dessen eigene Kinder auferlegt hat, wenigstens so lange Sohn oder Tochter nicht zur zweiten Ehe schreiten[7].

3. Der Fiscus als Onerirter ist von der Caution befreit[8].

4. Wenn der Vermächtnißnehmer ausdrücklich[9] oder stillschweigend durch Anstellung der Klage[10] auf die Caution verzichtet hat, oder ohnehin sicher gestellt ist[11].

---

5) L. 5 § 16 D. h. t. : . . rescripsit, certis ex causis etiam in propria bona heredis legatarios esse mittendos, si post sex menses, quam aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re notio est, in satisfactione cessatum est, inde fructus percepturos, quoad voluntati defunctorum satisfiat. Quod remedium servaretur et adversus eos, qui ex qua causa fideicommisso moram faciunt.

Const. 6 Cod. 6. 54: . . mittitur, vel in proprias res heredis, si fideic. satis non fit post sex menses, quam peti coeperit, secundum divi Antonini patris mei constitutionem.

6) Const. 7 Cod. 6. 54: Scire debetis, . . legati satisdationem remitti posse.

L. 18 pr. D. 36. 3. Const. 2 Cod. eod.

7) Const. 6 pr. § 1 Cod. 6. 49. Nov. 22 cap. 41.

8) L. 1 § 18 D. 36. 3.

9) L. 46 D. 2. 14.

10) L. 1 § 9 D. 36. 3: Plane si quis omissa stipulatione litem de legato contestatus est, probandum est, cessare debere stipulationem. § 10 eod.

11) L. 1 § 2 D. 36. 4: Si debitori liberatio sit relicta, non est

Digitized by Google

Die heutige Anwendung dieser missiones in bona wird mit Recht von Sintenis l. c. bestritten. Statt ihrer treten bei uns nöthigenfalls Arrestanlegung oder die gewöhnlichen Executionsmittel ein.

§ 100.

a) Interdictum quod legatorum.

Dig. quod legatorum (43. 3). Cod. quod legatorum (8. 3).

Zimmern, Ueber das interdictum quod legatorum im civil. Arch. Bd. VIII. Nr. 7. Leist B. P. Bd. I. S. 368 ff. Savigny Syst. Bd. IV. S. 246. V. S. 26. Schmidt Interdictenverfahren. Leipzig 1853. S. 169. Arndts § 561. Puchta § 544. Brinz § 220. Sintenis § 214. Böcking Ordr. III. B. § 148. Göschen § 1053. Müller S. 869—870. Vering S. 742—744. Keller Institut. § 334. Pand. § 575. Heimbach im Rtsl. Art. Interdictum quod legati. Bd. 5. S. 604—607.

Der Vermächtnißnehmer wird an bestimmten ihm vermachten Sachen ipso jure Eigenthümer, sobald der Erbe angetreten hat (cf. § 96 Nr. I. A.). Dennoch darf er sich nicht eigenmächtig in den Besitz derselben setzen. Thut er dies dennoch, nachdem der Erbe bereits selbst den Besitz an dem vermachten Gegenstande ergriffen hat, so steht dem Erben die Spolienklage zu. Ergreift aber der Vermächtnißnehmer den Besitz eigenmächtig, ehe überhaupt der Erbe den Besitz hatte, so hat der Erbe das interdictum quod legatorum auf Rückgabe des Besitzes, nur jedoch gegen Bestellung einer cautio de eventualiter restituendo an den Vermächtnißnehmer. L. 1 § 16 l. 2 § 1 D. h. t. cit. in Anm. 13. Es ist ein interdictum adipiscendae possessionis und restitutorium[1]. Anfängliche oder nachfolgende Zustimmung des Erben schließt das Interdict aus: nicht aber Einwilligung vor erworbener Erbschaft[2]. Sind der Erben mehre und einige haben

---

exigenda cautio, quia habet penes se legatum. Quippe si conveniatur, exceptione doli mali uti possit.

1) L. 1 pr. D. 43. 3: Hoc interdictum vulgo „Quod legatorum" appellatur. § 1. Est autem . . adipiscendae possessionis. § 2. Et continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. Etenim aequissimum Praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere, occupatis legatis, sed ab herede petere. Redigit igitur ad heredem per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire.

2) L. 1 § 11 D. h. t.: Quod ait Praetor: „voluntate ejus, ad quem ea res pertinet" ita . . interpretandum, ut, si post aditam hereditatem . . voluntas accommodata est legatario, ut pos-

Digitized by Google

eingewilligt, einige nicht, so können letztere das Interdict anstellen, erstere nicht[3]. Die dabei geltenden Grundsätze sind folgende:

A. Kläger ist der Erbe, der prätorische sowohl, als der civile; auch der Erbe des Erben[4].

B. Gefordert wird Rückgabe der Sache nebst den gezogenen Früchten und im Ungehorsamsfalle Ersatz des Interesse[5].

C. Das Interdict kann angestellt werden:

1. Gegen den Vermächtnißnehmer; auch gegen den, der aus Arglist den Besitz aufgegeben hat[6].

2. Unter Voraussetzung von Besitz oder fingirtem Besitz auch gegen den Erben und jeden Singularsuccessor des occupirenden Vermächtnißnehmers[7]. Besteht das Vermächtniß in einem usus, usufructus oder in einer servitus praedii, so wird, weil mit der Ausübung dieser Rechte kein Sachbesitz verbunden ist, das interdictum als utile gegeben[8].

3. Gegen den Prälegatar, soweit derselbe nicht als Erbe, sondern als Vermächtnißnehmer besitzt[9] (cf. § 84 Nr. II. A. 1).

---

sideret, interdictum cesset, . . quodsi ante aditam hereditatem . . rectius dicetur, eam voluntatem non nocere debere. § 12 eod.

3) L. 1 § 15 D. 43. 3: Si alter ex heredibus . . voluerit rem a legatario possideri, alter non, ei, qui noluit, interdictum competet, ei, qui voluit, non competere, palam est.

4) Cit. l. 1 § 2 D. h. t. (Anm. 1). L. 1 § 3 D. eod.: Hoc interdictum et heredem heredis bonorumque possessoris habere.

5) Cit. l. 1 § 2 D. h. t. (Anm. 1). L. 2 § 2 D. eod.: Ex hoc interdicto, qui non restituit, in id, quod interest, debet condemnari.

L. 38 § 5 D. 22. 1: Et ideo, quum restitui Praetor vult, veluti in interdicto „Unde vi", etiam fructus sunt restituendi.

6) L. 1 § 7 D. h. t.: Quod ait Praetor: „Aut dolo desiit possidere" sic accipere debemus: „desiit facultatem habere restituendi".

7) L. 1 § 10 D. 43. 3: Legatorum nomine non tantum ipsum possidere dicemus, cui legatum est, verum heredem quoque ejus, ceterosque successores. § 13. Illud tenendum, sive a te, sive ab eo, in cujus locum successisti, possideri aliquid coeptum est, interdicto huic locum fore. In locum successisse accipimus, sive per universitatem, sive in rem sit successum.

8) Vat. Fragm. § 90: . . usufructu legato . . competit (utile) interd. adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur.

L. 1 § 8 D. 43. 3: . . Movet, quod neque usufructus, neque usus possidetur, sed magis tenetur; potest tamen defendi competere interdictum. Idem dicendum est et in servitute relicta.

9) L. 1 § 6 D. eod.: Qui vero ex causa praeceptionis, utique

Digitized by Google

4. Gegen den legatorum servandorum causa Immittirten, sobald die geforderte Sicherheit geleistet ist und er nun doch nicht weichen will [10].

5. Gegen mortis causa donatarii geht das Interdict nicht [11] (cf. Keller Instit. S. 342).

D. Der Grund des Interdicts ist hauptsächlich, ein eigenmächtiges Zugreifen zu verhindern. Besonders ist der Erbe interessirt, wenn er die Gültigkeit des Vermächtnisses bestreitet. Der Vermächtnißnehmer muß erst seine petitorische Klage erheben. L. 1 § 2 D. 43. 3 cit. in Anm. 1. Noch weniger darf der Vermächtnißnehmer zugreifen, wenn sein Vermächtniß an Bedingungen und Termine geknüpft ist. Auch wenn der Erbe die Quarta Falcidia abziehen will, so ist er dabei interessirt, den Besitz zu haben [12] (cf. § 104).

Die erwähnte Caution kann der Vermächtnißnehmer excipiendo fordern und braucht vor deren Bestellung die Sache nicht herauszugeben [13].

E. Rechte des Vermächtnißträgers, insbesondere nach der lex Falcidia.

Inst. de lege Falcidia (2. 22). Dig. de lege Falcidia (35. 2). Dig. si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur (35. 3). Cod. ad legem Falcidiam (6. 50). Nov. I. cap. 1 § 1. 2, cap. 2.

---

tenetur hoc interdicto; sed pro ea scilicet parte, quam jure legati habet, non etiam pro ea, quam quasi heres habet . . .

10) L. 1 § 9 D. eod.: Quaesitum est, si quis legatorum servandorum causa missus sit in possessionem, an hoc interdicto teneatur ad restitutionem . . Tutius . . erit dicendum, hoc interdictum competere, maxime si satisdatum sit jam legatorum nomine, nec recedat; tunc enim etiam possidere videtur.

11) L. 1 § 5 D. eod.: Si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum . .

12) Const. unic. Cod. 8. 3: . . si legatarius . ., non consentiente patre tuo, quem asseveras testatori successisse et B. Pionem accepisse, relicta sibi legata . . retinuit: secundum sententiam interdicti . ., oblata satisdatione, . . in possessione constitui, ut ita retentione competente utaris, experiri potes.

13) L. 1 § 16 D. h. t.: Quod ait Praetor: „Nisi satisdatum sit", accipere debemus: si perseveret satisdatum. Scilicet, ut, si non perseveret cautum, mittatur in possessionem legatorum servandorum causa . .

L. 2 § 1 D. eod.: Quod ait Praetor: „Si per B. Porem non stat, ut satisdetur", sic accipere debemus, si paratus sit satis dare; non ergo offerre debet satisdationem, sed petenti satis moram non facere.

Digitized by Google

Donellus, Comm. lib. VIII. cap. 9. Voorda, Comm. ad legem Falcidiam. Traj. 1730. Husmanni Paradoxa ad leg. Falc. (in Otto thes. IV. p. 1673 sq.). Hottomanni Disput. de Quarta Falc. in Opp. T. I. p. 669 sq. Westphal Vermächt. Bd II. § 1132 ff. Mayer § 961 ff. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 520 ff. 589. Arndts im Rtsl. Art. Legat Bd. 6. S. 311—322.

§ 101.

1. Einleitung.

Gaj. II. § 224—228. Ulp. fr. XXIV. § 32. Ad legem Falcidiam: Paul. S. R. III. 8. Schirach, Ueber den Fall eines concursus legatorum im civil. Arch. Bd II. Nr. 26. Schrader in Hugo's civil. Magaz. Bd. V. S. 126—174. Schilling Bemerkg. S. 103 ff. Mommsen in Richter's krit. Jahrbch. 1845. S. 11 ff. Walter Röm. Rsg. Bd. II. 2. Aufl. S. 292. Savigny Syst. Bd. IV. S. 269 ff. Arndts § 561. 562. Puchta § 544—545. Brinz § 216. Sintenis § 215. Böcking Ordr. III. B. § 148. Derselbe Institut. S. 276. Anm. 1. Göschen § 1030. Müller § 191. S 753—755. Bangerow § 533—534. Bering S. 744—747 Keller § 576. Arndts im Rtsl. l. c. S. 311—313.

Der mit dem Vermächtniß Onerirte ist nur debitor und seine Ansprüche, die in vier Fällen eintreten können, sind nur zufällige:

I. Er hat gegen den Honorirten unter den angeführten Voraussetzungen das interdictum quod legatorum (cf. § 100).

II. Er kann durch actio oder exceptio ex testamento Wiederherstellung dinglicher Rechte vom Vermächtnißnehmer verlangen, die ihm an den vermachten Sachen zustanden und durch die confusio beim Erbschaftsantritte erloschen sind. Ebenso kann er auch Ersatz fordern für impensae necessariae et utiles und Befreiung von etwaigen Verbindlichkeiten, die er mit dem Gegenstande des Vermächtnisses oder für denselben übernommen hat[1], indem der Vermächtnißnehmer überhaupt, soweit ihm der Vortheil der Sache zukommt, auch deren Lasten zu tragen hat.

III. Ist das Vermächtniß unter einer Resolutivbedingung oder unter einem dies ad quem hinterlassen, so kann er Caution für künf-

1) L. 70 § 1 D. de leg. I.: Nam et si fundus, qui meo fundo serviebat, tibi legatus fuerit, non aliter a me tibi praestari debeat, quam ut pristinam servitutem recipiam.

L. 116 § 4 D. eod.: Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. Itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit, sive ei fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum jus restituendum est; et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur, si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.

Cit. l. 76 § 2 D. de leg. II. (cf. § 98 Anm. 14). L. 39 pr. D. de leg. I. L. 58—61 D. eod.

Digitized by Google

tige Rückzahlung verlangen und braucht das Vermächtniß nicht eher zu leisten[2].

Auch dann hat der Onerirte Anspruch auf Caution, wenn der Honorirte die Auszahlung des Vermächtnisses begehrt, demselben aber eine solche negative Potestativbedingung beigefügt ist, die erst mit dem Tode des Honorirten eintreten kann, nämlich auf die cautio Muciana (cf. § 98 Nr. II. A.). Desgleichen, wenn erwartet werden kann, daß der Erbe später einen Theil des Vermächtnisses zurückfordern dürfe wegen Ueberlastung der Quarta Falcidia (cf. § 103 Nr. I. A.)

IV. Nach der lex Falcidia hat der belastete Erbe das Recht, wegen übermäßiger Beschwerung der Erbschaft mit Vermächtnissen einen Abzug an denselben zu machen.

Im § 83 ad Nr. II. 2. a. ist der Grundsatz aufgestellt, daß niemand in höherem Maße mit Vermächtnissen onerirt werden kann, als er honorirt ist, so daß, wenn Erblasser dem Onerirten so viel an Vermächtnissen auflegt, daß sie den Betrag dessen, was er von dem Erblasser bekommt, übersteigen, die ausgesetzten Vermächtnisse, soweit sie dies thun, ungiltig sind[3]. Z. B. wenn ein Vermächtnißnehmer mit einem Aftervermächtniß belastet ist, das größer ist, als sein Vermächtniß. Dies ist ein ältrer Satz, der neben der lex Falcidia und ganz unabhängig von ihr seine Geltung behält.

A. Im ältesten römischen Recht verordneten die XII Tafeln: „uti legassit — ita jus esto". Diese althergebrachte unbeschränkte Testirfreiheit ward mehr und mehr dadurch mißbraucht, daß man dem Erben die Erbschaft durch Legate über alles Maß schmälerte und erschöpfte. Gegen diesen Uebelstand schien schon im 6ten Jahrhundert Vorsorge nöthig und so beschränkte die lex Furia testamentaria (ein Plebiscit im Jahre 571 d. St.) in der Person des Legatars exceptis quibusdam personis (Cognaten bis zum 6ten Grade

2) Const. 26 Cod. 6. 37: . . Quum enim jam constitutum est, fieri posse temporales donationes et contractus: consequens est, etiam legata . . quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari. Post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis . . remeantibus. Necessitatem habente legatario . ., cautionem in personam heredis exponere, ut post transactum tempus res non culpa ejus deterior facta restituatur.

3) L. 1 § 17 D. 36. 1: . . neminem enim plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenit.

Cit. § 1 I. 2. 24 (cf. § 83 Anm. 17).

Digitized by Google

und Sobrinenkinder) den Betrag der einzelnen Legate auf die feste Summe von tausend Asses bei Strafe des Vierfachen vom Mehrbetrage[4]. Die erwünschte Absicht ward jedoch nicht erreicht, Umgehungen durch Anordnung mehrer kleiner Vermächtnisse, von denen keines über 1000 Asses betrug, lagen zu nahe, so daß dennoch dem Erben nichts übrig blieb (cf. Gaj. II. § 225).

Die lex Voconia im Jahre 585 d. St. beschränkte daher den Betrag der einzelnen Legate durch Festsetzung einer Proportion derselben zu dem Gesammtbetrage, welcher dem Erben übrig bliebe: „ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent"[5]. Behält z. B. der Erbe nach Abzug aller Legate 1000 übrig, so durfte kein Legat die Summe von 1000 übersteigen. Allein auch hier hinterließ man in fraudem legis viele kleine Legate, so daß kein Legatar mehr als der Erbe bekam, diesem aber nur eine Kleinigkeit übrig blieb.

Zuletzt setzte die lex Falcidia, ein Plebiscit im Jahre 714 d. St., zum Theil auch um der Erbschaftssteuer wegen das Ausschlagen und Vacantwerden testamentarischer Erbschaften zu verhüten, eine Proportion fest zwischen dem Gesammtbetrage der Legate und dem, was dem Erben nach Leistung derselben von der Erbschaft übrig bliebe. Sie verordnete nämlich:

Jeder kann vermachen, so viel er will, allein der Erbe ist nicht verbunden, seinen ganzen Erbtheil an Legaten auszuzahlen. Er kann vielmehr verlangen, daß ihm von seiner Erbportion wenigstens der vierte Theil unbeschwert bleibe. „Dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis, eo testamento heredes capiant" lauten die Schlagworte der lex Falcidia[6]. Ist also eine Erbportion überschwert (gravata portione),

---

4) Gaj. II. § 225: Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus . . capere permissum non est.

Ulp. fr. I. § 2: . . qualis est lex Furia testamentaria, quae . . adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit.

5) Gaj. II. § 226.

6) Von dem wesentlichen Inhalte der lex sind uns die eigenen Worte erhalten in L. 1 pr. D. 35. 2: Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: „Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res

Digitized by Google

d. h. über drei Viertheile ihres nach Abzug der Erbschaftsschulden übrig bleibenden reinen Betrages mit Vermächtnissen belastet, so kann der Erbe von jedem einzelnen Vermächtniß so viel abziehen, als nöthig ist, um ein Viertheil, quadrans, seiner Erbportion frei zu haben. Dies dem Erben gebührende Viertheil ward nach der lex „Quarta Falcidia" genannt.

Im ersten Capitel der lex ward die unbedingte Legirfreiheit ausgesprochen, also die Beschränkungen der lex Furia und der Voconia aufgehoben. Das 2te Capitel enthält die eben ausgeführte Bestimmung über das dem Erben mindestens zu lassende Viertel. Diese letztere Bestimmung ward durch das S. C. Pegasianum unter Vespasian auch auf die seitdem als erzwingbar anerkannten Fideicommisse ausgedehnt[7], durch ein Rescript von Divus Pius auch auf Fideicommisse ab intestato[8] und durch die Interpretation und spätere Constitutionen auch auf andere mortis causa capiones[9].

B. Dies Recht der Quart gilt auch noch im neuesten römischen

---

quibusque dare legare volet, jus potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit". Secundo capite modum legatorum constituit his verbis: „Quicunque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantum cuique civi Romano pecuniam jure publico dare legare volet, jus potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant. Eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres, qui eam pecuniam dare jussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est."

7) Cit. § 5 I. 2. 23 (cf. § 52 Anm. 20).

Const. 2 Cod. 6. 50: Falcidiae rationem adversus omnes pro modo legatorum et fideicommissorum locum habere, certi . . juris est.

8) L. 18 pr. D. 35. 2: . . Dixi, legem Falcidiam inductam esse a Divo Pio etiam in intestatorum successionibus propter fideicommissa . .

Const. 5 Cod. 6. 49.

9) L. 77 § 1 D. de leg. I.: . . salva Falcidiae ratione, quam in his quoque donationibus exemplo legatorum locum habere placuit..

Const. 5 Cod. 6. 50: Si mortis causa immodicas donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidiae ratione secundum constitutionem divi Severi, avi mei, uti potes.

Const. 12 Cod. eod.: In donationibus inter virum et uxorem factis legem Falcidiam habere locum . . .

L. 32 § 1 D. 24. 1. Const. 2 Cod. 8. 47.

Digitized by Google

Recht und bei uns, jedoch mit bedeutenden von Justinian eingeführten Beschränkungen:

1. Der Erbe, der beim Erbschaftsantritt nicht in gehöriger Weise das Inventar macht, verwirkt das Recht auf die Quarta Falcidia. Er muß ferner die Vermächtnisse auszahlen nicht nur, wenn sie ¾ des Nachlasses übersteigen, sondern sogar wenn sie den ganzen Nachlaß übersteigen (cf. § 62 Nr. B. 2. α. β.).

2. Nach ältrem Recht konnte der Erblasser dem Erben den Abzug der Quart rechtsgültig nicht untersagen. Allein Justinian giebt ihm diese Befugniß[10] (cf. § 105 Nr. I. B.). Der Erbe, welcher einer derartigen Anordnung nicht Folge leisten will, soll die Erbschaft verlieren. In einem solchen Falle hat der Erbe, wenn er die Erbschaft antritt, die Vermächtnisse ohne Abzug der Quart auszuzahlen, jedoch wenn er ein Inventar macht, nicht über den Bestand des reinen Nachlasses hinaus. Cit. Nov. I. cap. 2 § 2. cf. § 62.

Mit dieser Anordnung hat Justinian diesem Institut einen großen Theil seines Werthes genommen. Die neueren Gesetzbücher sind noch weiter gegangen. Sie haben das Recht der Quarta Falcidia ganz beseitigt. Gemeinrechtlich gilt heute das Nachstehende.

§ 102.

2. Von den zur Quart berechtigten Personen.

Donellus, Comm. jur. lib. VIII. cap. 9 § 5 sq. Bernstorff, De ratione legis Falcidiae in singulis heredibus maxime substitutis ponenda. Goett. 1754. **Pfordten** Abhandlg. aus dem Pandectenrecht. Erl. 1840. Abth. 1. Sigmund, Ueber die Berechnung der Q. Falcidia, wenn ein und dieselbe Person mehre Theile derselben Erbschaft erhält. München 1846. **Pernice**, Commentationes juris Rom. duae. Halis 1855. p. 12 sq. **Gordan**, De legis Falcidiae ratione in duplicibus testamentis ponenda. Bonnae 1856. **Huschke**, Die Prästation der Legate in Doppeltestamenten in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. VI. Nr. 11. Bd. VII. Nr. 2. 6. Herrmann das. Bd. VIII. Nr. 14. Wangerow im civil. Arch. Bd. XXXVI. Nr. 10. 12. Lindelof im civil. Arch. Bd. IV. Nr. 30. Arndts § 562. 564. 565. Puchta § 545. 550. 551. Brinz § 216. Sintenis § 215. Böcking Erbr. III. B. § 149. 150. **Mühlenbruch-Glück** Bd. 40. S. 397—403. Göschen § 1031. 1040—42. Müller S. 755—756. **Wangerow** § 535. Bering S. 747—753. Keller § 577. **Arndts** im Rtsl. Bd. 6. S. 316—320.

I. Wer ist berechtigt zur Quarta Falcidia?

A. Ursprünglich hatte das Recht des Abzugs der Quart nur der mit Vermächtnissen überlastete Testamentserbe, der dadurch ver-

10) Nov. I. cap. 2 § 2: . . Si . . expressim (ῥητῶς) designaverit, non velle, heredem retinere Falcidiam: necessarium est, testatoris valere sententiam . .

Digitized by Google

anlaßt werden sollte, eine aus dem Testament deferirte Erbschaft anzutreten und so dem Staate die darauf gelegte Steuer zuzuwenden.

Antoninus Pius dehnte das Recht der Quart aus auf Intestaterben, die Fideicommisse zu leisten haben, weiter aber nicht. Also nur der directe Erbe, sei er nun testamentarischer oder Intestaterbe, und deren Transmissions-Erben können von Vermächtnissen oder mortis causa capiones pro rata so viel abziehen, daß ihnen ein Viertheil der Erbschaft, bez. ihrer Erbportion, verbleibt[1].

B. Vermächtnißnehmer also, die mit Aftervermächtnissen (cf. § 83 ad Nr. II. 1. b.) überschwert sind, haben das Recht des Quartabzuges nicht[2]. Sie können nur, wenn ihnen der Erbe den Falcidischen Abzug macht, diesen unter sich und ihren Aftervermächtnißnehmer verhältnißmäßig vertheilen[3] (cf. § 121 Nr. 1), sofern nicht der Wille des Erblassers entgegensteht[4]. Hierdurch wird erst der Abzug der Quart

---

1) Cit. § 5 I. 2. 23 (cf. § 82 Anm. 20); cit. l. 18 pr. D. 35. 2 (cf. § 101 Anm. 8).

Const. 5 Cod. 6. 49: . . quum intestato ei succedentes, de restituendo fideicommisso conventos ultra quartam, aere alieno deducto, quantum penes eos sententia S. Cti relinqui praecepit, tantum obtinere posse praestiterit.

Const. 10 Cod. 6. 50: Quamquam pater tuus fratrem tuum rogaverit, ut, si sine liberis diem suum fungeretur, portionem hereditatis tibi restitueret, tamen intestato eo diem suum functo, id, quod beneficio legis Falcidiae habere potuit, ad successorem intestati pertinere, ideoque . . sororem tuam, quae simul tecum ab intestato ei successit, emolumenti, quod retineri potuit, portionem sibi vindicare, manifestum est.

2) L. 47 § 1 D. h. t.: Nunquam legatarius vel fideicommissarius . . utitur legis Falcidiae beneficio.

Cit l. 22 § 5. L. 55 § 2 D. 36. 1 (cf. § 120 Anm. 11).

3) L. 32 § 4 D. 35. 2: Si, Titio XX legatis, portio per legem Falcidiam detracta esset, quum ipse quoque V Sejo rogatus esset restituere: Vindius noster tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum ait, quantum Titio ex viginti detractum esset. Quae sententia . . rationem habet, quia exemplo heredis legatarius ad fideic. praestanda obligabitur.

Arg. l. 1 § 19 D. 36. 1: . . scribit, si heres rogatus restituere totam hereditatem non deducta Falcidia rogato et ipsi, ut alii restituat: non utique debere eum detrahere fideicommissario secundo quartam, nisi liberalitatem tantum ad priorem fideicommissarium heres voluit pertinere.

4) L. 77 § 1 D. de leg. II.: . . Si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiae fungetur. Si tamen alimenta praestari voluit, collationis totum onus in residuo

Digitized by Google

auf alle Vermächtnisse repartirt. Sind z. B. dem A. 100 fl. vermacht, von denen er 50 fl. an B. abgeben soll, so kann A., wenn ihm vom Erben 20 fl., also ⅕ der ihm hinterlassenen 100 fl., abgezogen werden, von den 50 fl., die er dem B. zu zahlen hat, ebenfalls ⅕ abziehen. Er braucht ihm dafür nur 40 fl. zu zahlen.

C. Der Universalfideicommissar hat das Recht auf die Quart nur ausnahmsweise[5], nämlich:

1. wenn zu seinen Gunsten der directe Erbe sie nicht abgezogen hat;

2. wenn nach dem S. C. Pegasianum in Folge erzwungener Erbschaftsantretung dem Fideicommissar die ganze Erbschaft zufällt (s. unten).

In beiden Fällen zieht der Universalfideicommissar die Quart im Namen des Erben ab[6].

D. Ebenso kann der emtor hereditatis an Stelle des Erben die Quart abziehen[7].

II. Wie wird die Quart berechnet, wenn mehre Erben concurriren, aber nicht alle mit Vermächtnissen überschwert sind?

Hier ist jeder Erbe berechtigt, die Quart seines Erbtheils frei zu haben[8]. Z. B. der Nachlaß beträgt 1000 fl. A. und B. sind Erben zu je ½. A. ist mit 400 fl. an Vermächtnissen belastet. B. ist

---

donationis esse, respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de majore pecunia praestari non dubie voluit integra.

L. 21 § 1 D. 33. 1.

5) L. 47 § 1 D. 35. 2: Nunquam . . fideicommissarius, licet ex Trebelliano S. Cto restituitur ei hereditas, utitur legis Falcidiae beneficio.

6) Cit. l. 1 § 19 D. 36. 1 (Anm. 3); cit. § 7 I. 2. 23 (cf. § 82 Anm. 21).

7) L. 71 D. 35. 2 (arg. a contrario): Potest heres in vendenda hereditate cavere: „ut, et lege Falcidia interveniente, solida legata praestentur"; quia ea lex heredis causa lata est, nec fraus ei fit, si jus suum deminuat heres.

8) § 1 I. 2. 22: . . quum quaesitum esset, duobus heredibus institutis, veluti Titio et Sejo, si Titii pars . . tota exhausta sit legatis . ., a Sejo vero nulla relicta sint legata, . .: an, quia is quartam partem totius hereditatis aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, quae ab eo relicta sunt, retinere liceret? placuit, ut quartam suae partis salvam habeat. Etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est.

L. 77 D. 35. 2.

Digitized by Google

nicht onerirt. Hier hat der Erblasser zwar mehr, als ¼ seines Nachlasses, unbeschwert gelassen, z. B. das ganze ½ des B. Dennoch folgt daraus nicht, daß nun kein Abzug erfolgen könne. Vielmehr zieht A. von seinem überschwerten Erbtheil die Quart ab, d. i. 125 fl., zahlt also nur 375 fl. Die Quart wird hier also nach getrennten Rechnungen abgezogen.

III. Wie wird die Quart berechnet bei Vereinigung mehrer Erbtheile in einer Hand, welche nicht alle überschwert sind?

Ein Erbe kann verschiedene Erbportionen in sich vereinigen. Z. B. A. ist auf ⅙ institnirt, bekommt aber noch das ⅓ seines Miterben B. als dessen Substitut, oder vermöge des jus accrescendi, oder weil er ihn beerbt u. s. w. Muß er diese mehren Erbportionen, die er in sich vereinigt, zusammenwerfen und darf er nur von ihnen zusammen ¼ abziehen, oder darf er von jeder Portion getrennt die Quart abziehen?

A. Vereinigte Rechnung tritt ein, wenn A. den Erbtheil des B. als dessen Substitut erhält[9].

B. Desgleichen, wenn der Testator einen Erben auf mehre Erbtheile institnirt hat, wenn auch auf den einen bedingt, auf den anderen unbedingt[10].

9) L. 87 § 4 D. 35. 2: Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus heredes instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil, et Titium filio substituerat. Quaesitum est, quum Titius ex institutione adiisset, et impubere mortuo filio, ex substitutione heres extitisset: quantum legatorum nomine praestare deberet? Et placuit, solida legata eum praestare debere. Nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur et solida legata praestentur. Sed hoc ita verum est, si filius, antequam patri heres existeret, decessisset . . . § 5 eod.

L. 1 § 13 D. 35. 2: Id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis: is enim similis est heres ex parte pure, ex parte sub conditione heredi instituto. Sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet, si ab eo nominatim data sunt, non: quisquis mihi heres erit. (Ueber das Verhältniß dieser Stelle zu l. 87 § 4 D. cit. cf. Vangerow S. 543—544. Arndts § 564 Anm. 2.)

L. 61 § 1 D. de leg. II.: . . hic quasi substitutus . . consequetur adcrescentem portionem (cf. § 83 Anm. 28).

10) L. 11 § 7 i. f. D. 35. 2: Dixi . . et aliam causam esse ejus, qui ex variis portionibus heres scriberetur. Ibi enim legatorum confundi

Digitized by Google

C. Getrennte Rechnung tritt dagegen ein, wenn A. den Erbtheil des B. als dessen Erbe erhält, ebenso wenn er den B. arrogirt[11].

D. Wenn ihm die Erbportion des B. accrescirt, so bleibt die Rechnung ebenfalls getrennt, wenn der eigene Erbtheil frei ist, während der accrescirende überschwert ist. Hier wäre es unbillig, wenn er mit dem ihm frei Hinterlassenen den Ausfall in der anderen Portion decken sollte. Im umgekehrten Falle dagegen, wenn der accrescirende Erbtheil frei ist, während der eigene überschwert ist, tritt vereinigte Rechnung ein[12].

Dies drücken die Practiker so aus: gravata portione accrescente portioni non gravatae, quarta deducitur (getrennte Rechnung); non gravata portione accrescente portioni gravatae, non deducitur quarta (vereinigte Rechnung).

E. Was ein überschwerter Vater dadurch, daß sein Kind zugleich mit ihm eingesetzt ist, ohne überschwert zu sein, an Eigenthum oder Nießbrauch lucrirt, muß er sich in seine Quart anrechnen. Also vereinigte Rechnung[13].

---

rationem, non unius, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus. Nec referre, pure saepe, an sub diversis conditionibus sit heres institutus.

Cit. l. 1 § 13 D. 35. 2 (Anm. 9).

L. 87 § 3 D. eod.

11) L. 1 § 15 D. 35. 2: Si coheredem meum post aditam hereditatem arrogavero, non dubitabitur, quin separandae sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres extitissem . .

12) L. 78 D. 35. 2: Quodsi, alterutro eorum deficiente, alter heres solus exstiterit: utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? Et placet, si ejus pars legatis exhausta sit, qui heres extiterit, adjuvari legatarios per deficientem partem, quae non est legatis onerata; quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut ceteris legatariis aut nihil aut minus detrahatur. Si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret.

L. 1 § 14 D. 35. 2. (Diese Stelle redet nicht vom Anwachsungsrecht, sondern von der caducorum vindicatio; cf. Vangerow § 535 Nr. V.)

13) L. 25 pr. D. 35. 2: Maritum suum et filium communem aequis partibus heredes instituit. Quaesitum est: an in ratione legis Falcidiae imputandum sit marito, quod ad eum ex eadem hereditate per filium pervenit? Respondit, si ex institutione filii tantum retineat, quantum ad Falcidiam satis sit, nihil quartae nomine deducendum.

L. 21 § 1 D. eod.

Digitized by Google

F. Wie wird die Quart berechnet, wenn jemand als Pupillarsubstitut eine mehrfache Portion erhält?

Hier findet eine verwickelte Rechnung Statt, wobei leitender Grundsatz ist, daß alle Vermächtnisse nur auf dem väterlichen Vermögen haften, nicht aber das Pupillarvermögen treffen (cf. § 46 Nr. II. D.). Wegen der Schwierigkeit der betreffenden Stellen sind die Grundsätze hierüber sehr streitig (cf. die cit. Schriftsteller und besonders Vangerow § 535 Nr. VI.).

1. Ich bin mit dem Pupillen gleichzeitig zum Erben des Vaters ernannt und zugleich dem Pupillen pupillariter substituirt. Der impubes und ich werden jetzt Erben des Vaters; dann beerbe ich den impubes. Hier vereinige ich von der väterlichen Erbschaft meine Portion mit der Portion des impubes. Hier findet getrennte Rechnung Statt, wenn die Portion des impubes die überschwerte ist[14], vereinigte dagegen, wenn meine Portion die überschwerte ist[15].

2. Der Vater instituirt den impubes und belastet ihn mit Vermächtnissen. Er ernennt mich zum Erben des impubes und belastet

---

14) L. 87 § 4 D. 35. 2: Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus heredes instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil et Titium filio substituerat. Quaesitum est, quum Titius ex institutione adiisset, et, impubere filio mortuo, ex substitutione heres exstitisset: quantum legatorum nomine praestare deberet? Si patri .. heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat; quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius, quam semissis dodrantem (also $^3/_4$ von seiner Hälfte), praestare necesse habuit.

L. 11 § 7 D. eod.: Quaesitum est .. si quis pupillo coheredem substituisset, quemadmodum legis Falcidiae ratio inquiri debeat? et quale est, quod vulgo diceretur, „legatorum rationem separandam?" Dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto, reliquit, nullam fieri posse separationem; cum communi calculo subjiciantur et invicem inducant contributionem; sed legata, quae ab instituto extero data sunt, permiscere ceteris non oportere; ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus ....

15) L. 87 § 5 D. h. t.: Quodsi extranei heredis semis totus legatus fuerit, isque pupillo, a quo nihil legatum erat, ex substitutione heres extiterit: poterit dici, augeri legata et perinde agendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset, eoque omittente hereditatem, ex asse heres extitisset; quia semper substitutus rationem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet.

Digitized by Google

mich gleichfalls. Beide Erbgänge treten in Kraft und zwar der zweite, ehe die dem impubes auferlegten Vermächtnisse zur Auszahlung gekommen sind. Ich bin also jetzt mit zwei Classen von Vermächtnissen belastet, und besitze das Vermögen von Vater und Sohn. Hier behalte ich zunächst das Vermögen des Sohnes ganz frei, d. i. ohne jedes Vermächtniß. Die Vermächtnisse beider Classen sodann werden zusammengeworfen, und vom Vermögen des Vaters ziehe ich so die Quart ab, als wären sie sämmtlich auf dieses verstellt[16].

3. Der Vater ernennt mich zum Erben seiner beiden impuberes, und überschwert mich bei dem einen. Ich werde beider Erbe. Hier tritt vereinigte Rechnung ein, als wären die beiden Erbschaften der Kinder nur Portionen ein und derselben Erbschaft[17].

IV. Wie verhält sich das Recht auf die Quart zum Recht auf den Pflichttheil?

Der Pflichttheilsberechtigte kann seinen Pflichttheil ohne alle Beschwerung fordern (cf. Notherbfolge). Gesetzt nun, jemand ist als einziges Kind seines Vaters, dessen Pflichttheil also $^1/_3$ seines Nachlasses beträgt, zwar ex asse instituirt, aber so mit Vermächtnissen be-

---

16) L. 79 D. 35. 2: In duplicibus testamentis, sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, quum moreretur, habuerit, nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel acquisierit aliquid vel deminuerit, sive de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis, quam ea, quae in heredis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tanquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset.

L. 11 § 5 D. eod.: Quod vulgo dicitur „in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari", quam potestatem habeat? videndum est. Quamvis enim substitutus quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat: tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire, ne substitutus quidquam retineat, vel ut longe plus habeat, quarta paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suffecisset? De suo (quadrante nimirum) dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo. Nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultro vires patrimonii; quum in hac parte juris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur (cf. Vangerow S. 548 ff.).

17) L. 14 § 2 D. 35. 2: Duobus impuberibus substitutum, utrique heredem existentem, in alterius hereditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quae ad filios pervenerit, retineat.

Digitized by Google

schwert, daß sie den ganzen Nachlaß erschöpfen. Nach Römischem Recht steht dem Verletzten hier blos die Wahl zwischen Pflichttheil und Quart zu. Nov. I. cap. 1 § 1. Jedoch hat es schon in ältester Zeit Juristen gegeben, die die entgegengesetzte Meinung vertraten. Daraus scheint der Rechtssatz hergeflossen zu sein, welchen das Canonische Recht im cap. 16 und 18 X. de test. 3. 26[18] aufstellt. Hiernach hat der eingesetzte Notherbe das Recht, zuerst seinen Pflichttheil und vom Rest noch die Quart abzuziehen (cf. Vering S. 753 Anm. 3). Diesen Satz befolgt eine entschiedene Praxis (cf. § 121 Nr. 4).

§ 103.

3. Von der Berechnung der Quart.

Cujacius, Observ. VIII. 4. Konopak, Beiträge zur Lehre von der Berechnung der Falcid. Quart. I. II. Rostock 1811. Fritz, Beitrag zur Lehre von Berechnung der Quarta Falcidia in Löhr's Magazin. Bd. IV. Nr. 16. Pfeiffer, Ueber den Umfang der Anwendbarkeit der L. 68 D. 35. 2 als gesetzlichen Maßstabes der präsumtiven Lebensdauer, im civil. Arch. Bd. XXVIII. Nr. 13. Pfordten l. c. § 102. Neuner, Die institutio ex re certa. S. 93—116. Buchholtz, Zur Lehre von den Wechsellegaten in Sell's Jahrb. Bd. III. Nr. 7. Derselbe, Von Prälegaten. S. 107. 436. 453 ff. Arndts § 563. Puchta § 546. Brinz § 218. Sintenis § 215. Böcking Erbr. III. B. § 152. Göschen § 1032—1037. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 541 ff. S. 552 ff. Westphal Vermächt. Bd. II. § 1310 f. Müller S. 756. Vangerow § 536. Vering S. 752—755. Keller § 578. Arndts im Rtöl. Bd. 6. S. 313—316.

I. Bei Berechnung der Quart ist der wahre reine Vermögensbetrag der onerirten Erbschaft oder Erbportion zur Zeit des Todes des Erblassers auszumitteln und aller weitren Berechnung zu Grunde zu legen[1]. Dies geschieht ohne Rücksicht auf etwaige Vermehrungen

18) Innocent. III. cap. 16 (sog. caput Raynutius), Gregor. IX. cap. 18 (sog. caput Raynaldus) X. de test. III. 26: . . tertiam partem debitam jure naturae, in qua gravari nequivit, nec non quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus, restitutione gravatus, deducere potuisset . . .

1) § 2 I. 2. 22: Quantitas . . patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiae redigitur, mortis tempore spectatur. Itaque si verbi gratia is, qui 100 aureorum patrimonium in bonis habebat, 100 aureos legaverit: nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum . . tantum accesserit hereditati, ut 100 aureis legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hereditatis habiturus sit. Sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso, si 75 legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte . ., ut non amplius, quam 75 aureorum substantia, vel etiam minus relin-

Digitized by Google

oder Verminderungen nach dem Todestage, cit. § 2 I. 2. 22, nach folgenden Rechnungspuncten:

A. Activa. Alle vorhandenen corpora hereditaria werden nach dem Marktpreis und wenn dies unanwendbar, nach einer Taxe zu Gelde angeschlagen[2]. Sichere Forderungen werden zu ihrem vollen Betrage berechnet; ebenso, was der onerirte Erbe selbst dem Erblasser schuldig war, obwohl die Schuld durch confusio erloschen ist[3]. Bei betagten Forderungen wird das interusurium von der Capitalforderung abgezogen, und der Rest zum Activbestand gerechnet[4]. Bedingte Forderungen braucht der Erbe gar nicht anzurechnen. Jedoch kann dann der Vermächtnißnehmer für den Fall, daß dieselben sich später realisiren, vom Erben Caution verlangen, daß er nachzahle (cf. § 101 Nr. III.). Umgekehrt, wenn der Erbe sie anrechnet, so muß der Vermächtnißnehmer ihm caviren, daß er das eventuell Zuvielerhaltene dem Erben zurückzahle[5]. Auch Naturalforderungen werden nicht mitgerechnet[6]. Desgleichen nicht Forderungen, bei denen sich der Schuldner insolvent erklärt[7]. Jedoch kann auch hier Caution verlangt werden.

quatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi: cui liberum est, non adire hereditatem. Quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem pacisci.

L. 30 pr. l. 37 pr. D. 35. 2.

2) L. 42 D. h. t.: In Falcidia aestimatio pretii rerum ex veritate facienda est.

L. 62 § 1 D. eod.: Corpora, si qua sunt in bonis defuncti, secundum rei veritatem aestimanda erunt, hoc est, secundum praesens pretium („praesens" accipe: „mortis tempore" cf. l. 73 § 1 D. eod. in Anm. 5 und const. 6 Cod. 6. 50 in Anm. 9). Nec quidquam eorum formali pretio aestimandum esse sciendum est.

3) L. 1 § 18 D. 35. 2: Si debitor creditori existat, quamvis confusione liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur: ut computetur ei, quod debet, quamvis aditione confusum sit.

L. 63 § 1 D. eod.: Cujus debitor solvendo non est, tantum habet in bonis, quantum exigere potest.

L. 32 pr. D. eod.

4) L. 73 § 4 D. h. t.

5) L. 73 § 1 D. h. t.: Magna dubitatio fuit de his, quorum conditio mortis tempore pendet, id est, an, quod sub conditione debetur, in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur. Deinde heredes et legatarii inter se caveant, ut existente conditione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sunt.

6) L. 1 § 17 l. 21 pr. D. 36. 2.

7) Cit. l. 63 § 1 D. h. t. (Anm. 3). L. 82 pr. D. eod.

Digitized by Google

Hier wird jedoch schon sogleich soviel angerechnet, quantum exigi potest. Exigible Correalobligationen werden mitgerechnet[8] (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 314 oben). Unsichere Forderungen überhaupt kann der Erbe je nach der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit der Erfüllung einstweilen schon anrechnen, oder einstweilen noch ganz außer Acht lassen und dafür entweder wegen eventueller künftiger Rückerstattung des Uebermaßes von den Vermächtnißnehmern Caution fordern, oder wegen eventueller künftiger Ergänzung der Vermächtnisse denselben Caution stellen.

B. Passiva. Die Nachlaßschulden, auch die an den Erben selbst[9], werden vom Activbestande des Vermögens abgezogen[10]. Maßgebend ist der Werth, den sie zur Todeszeit des Erblassers hatten. Bei ihrer Berechnung gelten ähnliche Grundsätze, wie bei der Berechnung der Erbschaftsforderungen (cf. Anm. 2. 4. 5. 6).

Namentlich muß auch bei bedingten Schulden, wenn sie einstweilen außer Berechnung bleiben, der Vermächtnißnehmer Caution leisten wegen eventueller künftiger Rückzahlung des Zuvielerhaltenen an den Erben. L. 73 § 1 D. h. t. cit. Außer den eigentlichen Erbschaftsschulden werden auch die Begräbniß- und Erbschaftsregulirungskosten vorabgezogen[11], desgleichen der Pflichttheil, den der Erbe an andre

---

8) L. 62 D. 35. 2.

9) Const. 6 pr. Cod. 6. 50: In ponenda ratione legis Falcidiae omne aes alienum deducitur, etiam quod ipsi heredi mortis tempore debitum fuerit, quamvis aditione hereditatis confusae sint actiones.

10) § 3 I. 2. 22: Quum autem ratio legis Falcidiae ponitur: ante deducitur aes alienum, item funeris impensa et pretia servorum manumissorum; tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus, . . 400 aureos legatos esse et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars legatariis singulis debet detrahi: quodsi 350 legatos fingamus, octava debet detrahi: quodsi 500 legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.

L. 39 D. h. t.

11) L. 72 D. 35. 2: Quantitas patrimonii deducto etiam eo, quidquid explicandarum venditionum causa impenditur, aestimatur.

Const. 1 § 9 Cod. 6. 30: In computatione patrimonii damus ei, excipere et retinere, quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem.

Cit. § 3 I. 2. 22 (Anm. 10). L. 1 § 19 D. h. t.

Digitized by Google

Personen zu entrichten hat[12], nach heutigem Recht auch der eigne Pflichttheil des beschwerten Erben (cf. § 102 Nr. IV.).

II. Sodann ist der Gesammtbetrag der Vermächtnisse, ebenfalls mit Rücksicht auf die Todeszeit des Erblassers[13], zu berechnen.

A. Der Abzug der Quart trifft nicht blos die eigentlichen Vermächtnisse, sondern auch alles, was sonst von Todeswegen aus dem Nachlaß geht, oder sonst den Erbgewinn des Erben mindert, L. 1 § 19 D. h. t. cit.; ferner mortis causa donatio und mortis causa capio[14]; auch solche Schenkungen unter Ehegatten, welche dadurch gültig geworden sind, daß der Erblasser als Ehegatte und Schenker ohne Widerruf verstorben ist[15]. Nicht berechnet wird das Vermächtniß der dos, die der Mann seiner Frau in Vermächtnißform letztwillig zurückgiebt[16]. Nach Justinian wird auch dasjenige berechnet, ohne freilich selber dem Abzuge zu unterliegen, was der Erbe zahlt, um die Bedingung der Erbeseinsetzung zu erfüllen[17]. Ist einem Vermächtnißnehmer eine wirkliche Gegenleistung an den Erben auferlegt, so ist diese vom Werthe des Vermächtnisses vorher abzurechnen[18].

B. Vermächtnisse, die noch nicht fällig sind, werden durch Berechnung des interusurii auf ihren jetzigen Werth reducirt[19]. Bedingte Vermächtnisse werden vorläufig nicht mitberechnet zur Schmälerung der pure Honorirten. Jedoch verlangt der Erbe von Letzteren

---

12) Const. 36 § 1 Cod. 3. 28.

13) L. 30 § 4 D. h. t.: Certis vero corporibus et his ipsis ita relictis: „pecuniam, quam in illa arca, vinum, quod in illis doliis . . habeo", si sine culpa heredis deperierunt vel deteriora sunt facta: procul dubio aut nihil debebitur, aut eorum, quae exstabunt, qualia erunt, ea portio debebitur, quae mortis testatoris tempore fuerit.

14) Cit. const. 5 Cod. 6. 50.

15) Cit. const. 12 Cod. 6. 50.

16) L. 81 § 1 D. 35. 2: Dos relegata extra rationem legis Falcidiae est, scilicet quia suam rem mulier recipere videtur. § 2 eod.

17) Const. 18 Cod. 6. 50.

18) L. 19 D. h. t.: Si dignum decem fundum damnetur heres quinque vendere . . quinque erunt imputanda Falcidiae.

L. 30 § 1 D. eod. L. 1 pr. l. 3 § 1. 4 D. 35. 3.

19) L. 45 pr. D. 35. 2: In lege Falcidia non habetur pro puro, quod in diem relictum est; medii enim temporis commodum computatur.

L. 66 pr. l. 73 § 4 D. eod.

Digitized by Google

Caution wegen eventueller künftiger Rückzahlung, ausgenommen bei geringfügigen Summen[20].

C. Um den Werth hinterlassener immerwährender Renten zu bestimmen, wird die Rente zu 4 % capitalisirt. Eine Rente von 4 fl. z. B. gilt als ein Capital von 100 fl. Diese 100 fl. gelten als Betrag des Vermächtnisses. Der an einer Rente zu machende Abzug geschieht verhältnißmäßig[21]. Schwieriger ist die Rechnung beim Nießbrauch und bei annua legata, welche beim Tode des Vermächtnißnehmers aufhören werden. Hier kann des Erben Recht auf den Abzug der Quart möglicherweise lediglich davon abhängen, wie lange der Vermächtnißnehmer leben wird. Hier soll der Erbe einfach so lange zu zahlen fortfahren, bis ¾ des Nachlasses erschöpft sind[22]. Wenn dagegen durch andre Vermächtnisse der Anspruch auf den Abzug schon feststeht, so soll nach L. 68 pr. D. h. t. eine Berechnung Statt finden, wobei eine wahrscheinliche Lebensdauer des Vermächtnißnehmers angenommen wird. Für einen Vermächtnißnehmer unter 20 Jahren werden noch 30 Lebensjahre gerechnet; wer zwischen 20 und 25 Jahren steht, dem werden noch 28 Jahre zugetraut, zwischen 25 und 30: 25, zwischen 30—35: 22, zwischen 35—40: 20, zwischen 40—50: so viel ihm an 59 fehlt, zwischen 50—55: 9, zwischen 55—60: 7, und später immer noch 5 Jahre[23] (cf. Keller S. 1068 Nr. α—γ). Es

---

20) L. 73 § 2 D. eod.: Sed etsi legata, quaedam pure, quaedam sub conditione relicta, efficiant, ut, existente conditione, lex Falcidia locum habeat: pure legata cum cautione redduntur. Quo casu magis in usu est, solvi quidem pure legata, perinde ac si nulla alia sub conditione legata fuissent, cavere autem legatarios debere, ex eventu conditionis, quod amplius accepissent, redditum iri.

21) L. 3 § 2 D. h. t.: Item si Reipublicae in annos singulos legatum sit, quum de lege Falcidia quaeratur, Marcellus putat: tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes (4 %) ejus summae, quae legata est, colligendas.

22) L. 47 pr. D. h. t.: . . utputa in annos singulos legatum relictum est. Quamdiu Falcidia nondum locum habet, integrae pensiones annuae dabuntur. Sed enim, si annus venerit, quo fit, ut . . ultra dodrantem aliquid debeatur, eveniet, ut retro omnia legata singulorum annorum imminuantur.

23) L. 55 D. 35. 2: Quum Titio in annos singulos dena legata sunt, et judex legis Falcidiae rationem inter heredem et alios legatarios habeat: vivo quidem Titio tanti litem aestimare debet, quanti venire id legatum potest, in incerto posito, quamdiu victurus sit

Digitized by Google

entsteht die Frage: Ist die so vorgenommene Rechnung definitiv? d. i. ist sie unabänderlich, auch wenn der Vermächtnißnehmer länger oder kürzer lebt, als man ihm zugetraut hatte? Die Quellen sagen nichts darüber. Man muß sich indeß wohl für die Unabänderlichkeit der Rechnung entscheiden.

III. Beträgt nun die so berechnete Gesammtsumme der ausgesetzten Vermächtnisse (sub Nr. II.) mehr als drei Viertheile des reinen Activbestandes (sub Nr. I. A. B.) der onerirten Erbschaft oder Erbportion: so kann der Erbe allen Vermächtnissen den zur Erhaltung seines Viertheils erforderlichen Abzug machen. Dieser Abzug wird auf alle Vermächtnisse pro rata vertheilt[24] (cf. Göschen § 1036).

IV. Hier entsteht nun die Frage: Was muß sich der Erbe in dies sein Viertheil einrechnen lassen, und was nicht?

Die Quarta Falcidia ist eine pars hereditatis. Daraus folgt: Was zum Erbtheil gehört, wird eingerechnet. Die Folge ist:

A. Was der Erbe als directer Successor titulo universali erhält, wird eingerechnet[25], namentlich also auch zurückfallende Vermächtnisse[26], etwaige Früchte, die er noch von dem Ver-

---

Titius; mortuo autem Titio non aliud spectari debet, quam quid heres ex ea causa debuerit.

L. 1 § 9 l. 68 pr. D. eod.

24) L. 73 § 5 D. 35. 2: . . quodsi excesserit quis dodrantem, pro rata portione per legem ipso jure minuuntur, verbi gratia (cf. § 2 I. cit. in Anm. 1).

25) L. 74 D. 35. 2: Quod autem dicitur: „si ex judicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata", ita accipere debemus, si hereditario jure habeat; itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur.

L. 91 D. eod.: In quartam . . imputantur res, quas jure hereditario capit, non quas jure legati . . vel implendae conditionis causa accipit . . .

26) L. 76 § 1 D. h. t.: . . legata, quae legatarii non capiunt, quum apud heredes subsederint, hereditario jure apud eos remanere intelligi et ideo quadranti imputanda . .

L. 50 D. eod.: Non est dubium, quin ea legata, a quibus heres summovere exceptione petitorem potest, in quartam ei imputentur, nec ceterorum legata minuant.

L. 11 pr. D. eod.: In ratione legis Falcidiae retentiones omnis temporis heredi in quadrantem imputantur.

L. 51 D. eod.

Digitized by Google

mächtnisse gezogen hat[27] (cf. § 98 Nr. I. 3), oder sonstiger Zuwachs zu seinem Erbtheil.

B. Vermächtnisse, die der Erbe erhält, werden nicht eingerechnet[28]. Soweit das Prälegat vom Erben sich selber auszuzahlen ist, behält er es als Erbe inne, muß es also gleich dem jure hereditario Empfangenen einrechnen. Soweit er es von einem Miterben oder einem sonstigen Onerirten empfängt, ist es reines Vermächtniß und wird demnach nicht eingerechnet[29] (cf. § 84 Nr. II. A. 1 i. f.).

C. Nicht eingerechnet wird dem Erben, was ihm ein Miterbe oder Vermächtnißnehmer conditionis implendae causa zahlt[30], unter der er honorirt ist und vollends nicht, was er zwar aus Anlaß der Erbschaft gewinnt, aber nur durch eigne vortheilhafte Geschäfte über den Werth derselben[31]. Auch Das bleibt ausgenommen, was der Erbe inter vivos vom Erblasser erhalten hat. Nur freilich was unter Lebenden gerade behuf Abfindung für die Quart gegeben wird, muß allerdings, als eo nomine empfangen, eingerechnet werden[32]. Dasselbe gilt hinsichtlich dessen, was dem Erben erst im letzten Willen ausdrücklich anstatt der Falcidia zugewandt ist[33].

---

27) L. 24 § 1 D. 35. 2: . . partus ancillarum, ante diem fideicommissi editos, ad heredes ejus, qui rogatus est, pertinere, eosque in quartam et quartae fructus computandos . . .

28) L. 74. 91 D. h. t. cit. (cf. Anm. 25).

29) L. 22 pr. D. h. t. cit. (cf. Anm. 34).

L. 91 D. eod.: . . pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam . . .

30) L. 76 pr. D. 35. 2: Id . . , quod conditionis implendae causa . . datur, in Falcidiam non imputatur, quia mortis causa capitur.

L. 40 § 1 D. eod.: Si cui „si decem dedisset" viginti fundus fuisset legatus, is in toto fundo legatarius habebitur.

L. 91 D. cit. (cf. Anm. 25).

31) L. 3 pr. D. eod.: . . si male vendiderit res hereditarias, non erit hoc legatariorum detrimentum. Ita ergo commodum debet esse heredis, si bene res administraverit. § 1 D. eod.

32) L. 56 § 5 D. 35. 2: Saepius evenit, ne emolumentum ejus legis heres consequatur. Nam si centum aureorum dominus 25 alicui dedisset, et eum instituerit heredem, et dodrantem legaverit: nihil aliud sub occasione legis Falcidiae intervenire potest, quia vivus videtur heredi futuro providere.

33) L. 75 D. h. t.: Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fidc. praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet.

L. 90 D. eod.: Si heres, cujus fidei commissum est, ut accepta certa pecunia hereditatem restituat, a voluntate ejus, qui testa-

Digitized by Google

D. Alles mithin, was der Erbe titulo singulari aus dem Nachlaß erhält, hat er supra Quartam. Dieser Satz erleidet eine Modification beim Wechsellegat, d. i. wenn Miterben einander gegenseitig zu Vermächtnissen verpflichtet sind. Hier gilt nämlich die Regel, daß sie dasjenige, was sie von einander als Vermächtniß erhalten, sich in ihre respectiven Quarten einrechnen lassen müssen. Z. B. X. hinterläßt 4000 fl., setzt A. und B., jeden zu ½, zu Erben ein und legt dem A. an B. ein Vermächtniß von 2000 fl., dem B. ein solches von 500 fl. an A. auf. Hier ist A. in seiner Quart verletzt; er bekommt 2000 fl. von der Erbschaft, soll aber auch 2000 fl. an B. zahlen. Die 500 fl., die er von B. erhält, braucht er, da er sie als Vermächtniß erhält, nach der Regel sich nicht einrechnen zu lassen. Allein hier kommt die Regel nicht zur Anwendung. Die von B. ihm vermachten 500 fl. decken ihn, und er kann Quartae nomine nichts abziehen. Dies ist die compensatio legatorum mutuorum.

Ferner: A. und B. sind Erben. A.'s Erbtheil beträgt 4000 fl. An Vermächtnissen soll er an B. und an X. je 2000 fl. zahlen; von B. aber ist ihm ein Garten im Werthe von 300 fl. vermacht. Hier würde nun, an sich betrachtet, A., um seine Quart mit 1000 fl. zu erhalten, dem B. und dem X. je 500 fl. abziehen können. Er darf es aber nur dem X. Weil B. sein Miterbe ist und ihm ein Wechsellegat zu zahlen hat, so muß er diesem gegenüber die 300 fl., den Werth des vermachten Gartens, sich auf seine Quart anrechnen. Er kann ihm also statt 500 fl. nur 200 fl. abziehen. Mithin zahlt er ihm 1800 fl. und empfängt von ihm den Garten[34]. Wie viel zahlt er dem X.? Wäre

---

mentum fecit, discedat, et postea legis Falcidiae beneficio uti volet: etsi non detur ei, quo accepto hereditatem restituere cogi debet, quoniam, quod ei pater familiae dari voluit, legis Falcidiae commodum praestat.

34) L. 22 pr. D. 35. 2: Nesennius Apollinari Julio Paulo: „Ex facto, domine, species ejus modi incidit: Titia filias suas tres numero aequis ex partibus scripsit heredes, et a singulis legata invicem dedit, ab una tamen ita legavit tam coheredibus ejus quam extraneis, ut Falcidiae sit locus. Quaero: an adversus coheredes suas, a quibus legata et ipsa accepit, uti possit Falcidia? et, si non possit, vel doli exceptione summovenda sit: quemadmodum adversus extraneos computatio Falcidiae iniri possit?" Respondi: id quidem, quod a coherede legatorum nomine percipitur, non solet legatariis proficere, quominus

Digitized by Google

ihm an den B. mehr auferlegt als 2000 fl., z. B. 4000 fl., so würde X. weniger empfangen als 1500 fl., nämlich nur 1000 fl.; B. dagegen würde 2000 fl. empfangen. Allein der vorliegende hiervon ganz verschiedene Umstand, daß A. dem B. in Folge Wechsellegats 1800 fl. zu zahlen hat anstatt 1500 fl., schadet dem X. nichts. Er erhält trotzdem seine 1500 fl. Dies will der Schlußsatz der eben cit. Stelle besagen: „Dem X. werden nicht die vollen 1800 fl. angerechnet, sondern nur 1500 fl.“.

§ 104.

4. Rechtsmittel hinsichtlich der Quart.

Dig. si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur (35. 3).

Ubbelohde, Ueber den Satz: „ipso jure compensatur“. Gött. 1858. S. 57 ff. Arndts § 562. Puchta § 547. Brinz § 220. Sintenis § 215. S. 751. Böcking Erbr. III. B. § 153. Mühlenbruch-Glück Bd. 21. S. 325 ff. Göschen § 1037. Vangerow § 537. Vering S. 755—757. Keller § 579. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 312—313.

Hat der Erbe die Quart nicht frei, so sind die Vermächtnisse ipso jure um so viel verkleinert, als nöthig ist zur Ergänzung der Quart. L. 73 § 5 D. 35. 2 cit.: „lex Falcidia ipso jure legata minuit“. Der Erbe zahlt um so viel weniger aus. Hat er Sachen zu leisten, so muß der Vermächtnißnehmer den Abzug durch Geld berichtigen, wofür der Erbe ein Retentionsrecht hat[1]. Steht es noch nicht fest, z. B. wegen einer Bedingung oder weil die Activmasse noch ungewiß ist, ob oder zu welchem Betrage ein Abzug vorzunehmen ist, so kann er die Auszahlung so lange verweigern, bis ihm wegen eventueller Rückzahlung Caution geleistet worden ist, aus der er dann auf die Rückzahlung klagen kann[2].

Falcidiam patiantur. Sed quum is, qui legatum praestiturus est, ab eodem aliquid ex testamento petit: non est audiendus, desiderans uti adversus eum Falcidiae beneficio, si id, quod percepturus est ex voluntate testatoris, suppleat, quod deducere desiderat. Plane ceteris legatariis non universum, quod coheredi praestat, imputabit, sed quantum daturus esset, si nihil ab eo perciperet (cf. Buchholz l. c. S. 346 ff.).

L. 94 D. eod.

1) L. 80 § 1 D. 35. 2: Legata, quae dividuitatem non recipiunt, tota ad legatarium pertinent. Sed potest heredi hoc remedio succurri, ut, aestimatione facta legati, denuntiet legatario, ut partem aestimationis inferat. Si non inferat, utatur adversus eum exceptione doli mali.

L. 7 D. eod.

2) L. 1 § 12 D. 35. 2: Interdum omnimodo necessarium est, solidum

Digitized by Google

Hat der Erbe zu viel ausgezahlt, so kann er wegen eines factischen Irrthums die condictio indebiti anstellen, nicht dagegen wegen eines Rechtsirrthums[3].

Hatte der Testator selbst die Sache dem Vermächtnißnehmer übergeben, oder befindet dieser sich sonstwie zufällig im Besitz, so hat der Erbe auf den Abzug eine actio in factum[4]. Außerdem kann sich der Erbe nach Umständen auch durch eine actio de dolo helfen[5].

Ist eine res certa Gegenstand des Vermächtnisses, so kann er auch, wenn er nicht besitzt, pro parte vindiciren, indem das Eigenthum derselben, insoweit das Vermächtniß das gesetzliche Maß überschreitet, nicht auf den Vermächtnißnehmer übergeht[6]. Ebenso, wenn von ihm der Vermächtnißnehmer das Ganze vindicirt, so hat er die Einrede des theilweisen Miteigenthums, d. i. die Klage ist pro parte unbegründet.

Gegen den Vermächtnißnehmer, der sich eigenmächtig in Besitz setzt, hat der Erbe das interdictum quod legatorum (cf. § 100).

---

solvi legatario interposita stipulatione: „quando amplius, quam per legem Falcidiam, ceperit, reddi". Veluti si, quae a pupillo legata sint, non excedant modum legis Falcidiae, veremur autem, ne, impubere eo mortuo, alia legata inveniantur, quae, contributione facta, excedant dodrantem. Idem dicitur, et si principali testamento quaedam sub conditione legata sunt, quae an debeantur incertum est. Et ideo si heres sine judice solvere paratus sit, prospiciet sibi per hanc stipulationem.

L. 31 D. eod. L. 1 sq. D. 35. 3.

3) Const. 9 Cod. h. t.: Error facti quartae, ex causa fideicommissi non retentae, repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens, se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet. Quin etiam si jus ignoraverit, cessat repetitio.

L. 9 § 5 D. 22. 6.

4) L. 1 § 11 D. 35. 2: Si legatarius possessionem nactus est, et non potest avocari ei res, quia voluntate heredis errantis nactus est possessionem: dabitur actio heredi, ut id, quod supra dodrantem est, afferatur.

L. 77 § 2 D. de leg. II.: . . Falcidiae partem heredibus, . . cum viro agentibus, ex dote esse per in factum actionem reddendam.

5) L. 23 D. 4. 3: Si legatarius, cui supra modum legis Falcidiae legatum est, heredi adhuc ignoranti . . persuaserit, tanquam satis abundeque ad solida legata solvenda sufficiat hereditas, atque eo modo solida legata fuerit consecutus: datur de dolo actio.

6) L. 26 pr. D. 35. 2: Lineam margaritarum triginta quinque legavit, quae linea apud legatarium fuerat mortis tempore. Quaero, an ea linea heredi restitui deberet propter legem Falcidiam? Respondit, posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac, si malit, posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere.

Digitized by Google

§ 105.

5. Wegfall des Abzugs.

Nov. 1 cap. 2. 3. Nov. 119 cap. 11. Nov. 131 cap. 12.

Pagenstecher, De lege Falcidia in legatis pilis cessante, in Pomp. ad Sabin. post. Lib. II. p. 37 sq. Heimbach, Was ist nach Nov. 1 cap. 2 § 2. Rechtens, wenn der Erblasser dem Erben den Abzug der Quarta Falcidia ausdrücklich verboten hat und der Erbe dies sich nicht gefallen lassen will? in der Gieß. Zeitschr. Bd. XIII. Nr. 14. 2. Marezoll in Löhr's Magaz. Bd. IV. S. 354 ff. Derselbe, Von den Legaten ad pias causas, in der Gieß. Zeitschr. Bd. V. Nr. 6. Mühlenbruch im civil. Arch. Bd. II. Nr. 10. S. 392 ff. Buchholtz, Ueber ein paar Fälle, in denen der Abzug der Falcid. Quart wegfällt, in s. Abhdlg. Nr. 6. Neuner, Hered. instit. ex re certa. p. 117 sq. Rudorff zu Puchta's Vorl. Bd. II. § 549. Anm. 1. Arndts § 566—567. Puchta § 548—549. Brinz § 220—222. Sintenis § 215. S. 751—753. Böcking Grdr. III. B. § 151. Mühlenbruch § 761. Roßhirt Vermächt. Bd. 1. S. 587 ff. Göschen § 1039. Müller S. 757—759. Vangerow § 539. Vering S. 757—760. Keller § 580. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 320—322.

Es giebt eine Anzahl von Fällen, in denen, ungeachtet der Verletzung der Quart, das Recht der lex Falcidia nicht zur Anwendung kommt.

I. Ex persona testatoris.

A. Der ganze Abzug der Quart fällt weg beim Soldatentestament[1] (cf. § 29 Nr. II. 2).

B. Der Testator kann nach neuestem Recht den Abzug der Quart überhaupt verbieten[2] (cf. § 101 Nr. IV. B. 2). Im ältren Recht war ein solches Verbot unwirksam[3].

Bestritten ist, ob, um den Abzug der Quart auszuschließen, ein ausdrückliches Verbot des Erblassers nöthig sei? oder ob es genüge, daß aus der Verfügung hervorgehe, daß der Erblasser über den reinen Betrag seines Vermögens nicht irre, also mit voller Absichtlichkeit mehr als $^3/_4$ vermacht habe. Letztre Meinung haben namentlich Marezoll in der Gieß. Zeitschr. l. c. und Neuner l. c. vertreten. Nach Vangerow l. c. Anm. 1. 2 liegt die Wahrheit in der Mitte, indem derselbe mit Recht annimmt, Testator brauche nicht ausdrücklich zu sagen: „er verbiete den Quartabzug"; es müsse nur mit Sicherheit

1) Const. 7 Cod. 6. 50: In testamento . . militis jus legis Falcidiae cessat . . .

2) Cit. Nov. 1 cap. 2 § 2 (cf. § 101 Anm. 10).

3) L. 15 § 8 D. 35. 2: Quarta, quae per legem Falcidiam retinetur, aestimatione, quam testator fecit, non magis minui potest, quam auferri.

L. 17 D. eod. Cit. l. 15 § 1 D. eod. (cf. Anm. 8).

Digitized by Google

aus der Disposition hervorgehen, Testator wolle mit Absicht und Bewußtsein der lex Falcidia derogiren, d. i. wie Justinian sagt: „se non velle, heredem retinere Falcidiam" (cf. auch Arndts im Rtsl. l. c. S. 320).

Auch bei einzelnen Vermächtnissen kann der Testator den Abzug verbieten. Bei Familienfideicommissen soll dies nach Justinian von selbst eintreten[4].

II. Ex persona heredis fällt die Quart weg:

A. Durch Verwirkung derselben zur Strafe für den Erben, der unterlassen hat, ein Nachlaßinventarium aufzunehmen[5] (cf. § 101 Nr. IV. B. 2).

B. Wenn der Testamentserbe causam testamenti omittit[6].

C. Wenn der Erbe es auf verwerfliche Art darauf angelegt hat, eines oder das andre Vermächtniß unwirksam zu machen[7].

D. Durch ausdrücklichen, oder concludenter Handlungsweise zu entnehmenden Verzicht des Erben auf die Quart nach erfolgter Delation[8].

Gleichgültig ist es dabei, ob der Erbe ein Vermächtniß ohne Abzug wirklich auszahlt[9], oder ob er nur verspricht, es ohne Abzug auszahlen zu wollen[10]. Die wissentliche, vorbehaltlose Auszahlung eines Vermächtnisses ohne Abzug gilt als Verzicht überhaupt, so daß auch den

---

4) Nov. 119 cap. 11.

5) Cit. const. 22 § 14 Cod. 6. 30. Cit. Nov. 1 cap. 2 (cf. Anm. 3).

6) L. 1 § 2 D. 35. 2: Ad eos, qui omissa causa testamenti possident hereditatem, non pertinet lex Falcidia . . .

7) L. 59 pr. D. h. t.: Beneficio legis Falcidiae indignus esse videtur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat.

L. 24 pr. D. eod.: Falcidiae legis rationem, si haberi oportet, ita habendam, ac si hae res, quae ab herede subtractae sunt, in hereditate reliotae non fuissent.

L. 6 D. 34. 9: Rescriptum est . . heredem rei, quam amovisset, quartam non retinere.

8) L. 15 § 1 D. 35. 2: Frater, quum heredem sororem scriberet, alium ab ea . . stipulari curavit, ne Falcidia uteretur . . Privatorum cautione legibus non esse refragandum constituit. Et ideo sororem jure publico retentionem habituram . . .

9) Const. 1 Cod. 6. 50: Scire debes, omissa Falcidia, quo pleniorem fidem restituendae portionis exhiberes, non videri plus debito solutam esse.

Cit. const. 9 Cod. eod. L. 9 § 5 D. 22. 6 (cf. § 104 Anm. 3).

10) Const. 19 Cod. 6. 50: Quum certum sit, heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem, non

Digitized by Google

übrigen Vermächtnißnehmern nichts mehr abgezogen werden darf[11]. Dies bestreitet Puchta § 518 not. d., indem er in cit. Nov. 1 cap. 3 nur den sich von selbst verstehenden Satz findet, daß der Erbe, wenn er einem Vermächtnißnehmer die Quart nicht abziehe, deshalb nicht den übrigen Vermächtnißnehmern einen um so größeren Abzug machen dürfe (cf. dagegen Sintenis § 215 Anm. 48).

Kein Verzicht ist jedoch anzunehmen, wenn einem und demselben Vermächtnißnehmer mehre Vermächtnisse ausgesetzt sind und der Erbe eins derselben ohne Abzug auszahlt[12], oder wenn er bei einem Vermächtniß jährlicher Renten eine oder mehre Rentenzahlungen ohne Abzug leistet[13] (cf. Vangerow S. 583 Nr. 1 i. f.).

III. Ex qualitate legati. Bei einzelnen Vermächtnissen ist der Quartabzug wegen ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit zu Folge gesetzlicher Vorschrift ausgeschlossen. Diese sind:

A. Vermächtnisse ad pias causas[14].

B. Vermächtnisse, die in den Pflichttheil eingerechnet werden[15] (cf. Notherbfolge).

C. Nach Vorschrift schon der lex Falcidia selbst: Vermächtnisse, durch die der Ehefrau des Testators solche Sachen vermacht sind, welche der Testator bei Lebzeiten für sie angeschafft hatte[16].

---

posse postea, rationem legis Falcidiae praetendentem, repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi: jubemus, hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integra legatorum solutione fecerit . .

L. 46 D. 35. 2: Qui, quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus, spopondit se daturum: cogendus est solvere.

L. 71 D. eod.

11) Nov. 1 cap. 3.

12) L. 16 pr. D. h. t.: Si ex pluribus rebus legatis heres quasdam solverit, ex reliquis Falcidiam plenam per doli exceptionem retinere potest etiam pro his, quae jam data sunt. § 1. Sed et si una res sit legata, cujus pars soluta sit, ex reliquo potest plena Falcidia retineri.

13) L. 15 § 2 D. eod.: Non idcirco minus Falcidiae rationem in ceteris annuis legatis admitti visum est, quod primo ac secundo anno sine ulla detractione fuissent legatario soluta.

14) Nov. 131 cap. 12.

15) L. 87 § 4 D. de leg. II.: . . sed si lex Falcidia intercedit, fideicommissa in solidum esse praestanda propter immodicarum donationum rationem.

Const. 36 pr. Cod. 3. 28.

16) L. 81 § 2 D. 35. 2: . . de his rebus, quae mulieris causa

Digitized by Google

Man hat hierher noch einige Fälle gerechnet, die aber eigentliche Ausnahmen nicht sind, nämlich:

1. Solche Vermächtnisse, bei denen dem Vermächtnißnehmer nicht mehr vermacht ist, als er ohnehin fordern kann, wie das legatum debiti, wenn es dem Gläubiger nicht wenigstens das commodum repraesentationis gewährt[17].

2. Das Vermächtniß solcher Gegenstände, die für den Erben einen eigentlichen Geldwerth nicht haben, von denen sich die Quart daher gar nicht berechnen läßt, wie z. B. das instrumentum fundi domino legatum, d. h. wenn mir neben einem vermachten Gut auch die Urkunden vermacht sind, die auf dasselbe Bezug haben[18]. Mühlenbruch § 761 not. 2 und Puchta § 549. not. h. verstehen die in const. 15 Cod. h. t. cit. vorkommenden instrumenta von dem Gutsinventar und bilden daraus den Satz: beim Vermächtniß des Gutsinventars an den Gutsherrn selbst falle die Falcidia weg. Diese Auslegung ist indeß wohl irrig (cf. Vangerow S. 584 Nr. III. 2).

IV. In den Fällen nun, in denen die Quart allgemein nicht abgezogen wird, trägt den Verlust lediglich der Erbe, d. i.

A. beim Soldatentestament,

B. wenn der Testator den Abzug allgemein verboten hat,

C. allgemein in den Fällen, wenn der Abzug ex persona heredis wegfällt.

Anders in den Fällen, in denen sie nur von einzelnen Vermächtnissen nicht abgezogen wird, d. i.

A. wenn der Testator den Abzug nur bei einzelnen Vermächtnissen verbot,

---

emtae, paratae essent, ut hae . . extra modum legis essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum est.

17) L. 28 § 1 D. de leg. I.: Marcellus . . putat, rem, quam . . mihi debes, si legaveris, utile esse legatum, ut neque Falcidia hoc minuat.

L. 81 § 1 D. 35. 2: Dos relegata extra rationem legis Falcidiae est, scilicet quia suam rem mulier recipere videtur.

L. 1 § 10 D. eod.: Si quis creditori suo, quod debet, legaverit, aut, si propter repraesentationis, puta, commodum utile erit, lex quoque Falcidia in eo commodo locum habebit.

L. 5. 57 D. eod.

18) Const. 15 Cod. 6. 50: Si praediorum dotis apud te jure remanentis instrumenta . . codicillis uxor tibi dari mandavit: ejus judicium successores implere compellentur; quum, instrumentis praediorum domino relictis, Falcidiae nulla potest intervenire quaestio.

Digitized by Google

B. wenn der Abzug ex qualitate legati wegfällt.

In diesen Fällen kann der Verlust verschiedenartig treffen:

1. Der Verlust kann auch hier den Erben treffen.

2. Oder die übrigen Vermächtnißnehmer; d. i. der Erbe kann berechtigt sein, bei denselben wegen des Ausfalls durch einen um so größeren Abzug sich zu entschädigen.

3. Das von der Quart eximirte Vermächtniß kann vom Nachlaß wie ein aes alienum vorweg abgezogen werden. In den so verringerten Nachlaß theilen sich dann die übrigen Vermächtnißnehmer und der Erbe, wie in andren Fällen, also zu $^3/_4$ und $^1/_4$ (vorausgesetzt, daß der Betrag der Vermächtnisse $^3/_4$ des Betrages des verringerten Nachlasses erreicht); so daß also der Verlust die Vermächtnißnehmer und den Erben trifft. Z. B. die Erbportion im Betrage von 1200 fl. ist mit zwei Vermächtnissen zu 800 fl. an A. und zu 200 fl. an B. belastet. Der Regel gemäß zieht hier der Erbe dem A. und dem B. gleichmäßig die Quart ab, so daß er selbst 300 fl., A. 720 fl., B. 180 fl. erhält. Ist aber das Vermächtniß an den A. eximirt, so daß der Erbe die 800 fl. voll auszahlen muß, so erhalten: nach Nr. 1. B. 180 fl., der Erbe 220 fl.; nach Nr. 2. B. 100 fl., der Erbe 300 fl.; nach Nr. 3. B. und der Erbe je 200 fl. In diesem Falle ist nämlich das Vermögen gesunken auf 400 fl. Von 400 fl. aber wird das nur 200 fl. betragende Vermächtniß nach der allgemeinen Regel ohne Abzug ausbezahlt. Ist dagegen das Vermächtniß von 200 fl. das eximirte, so beträgt der verringerte Nachlaß 1000 fl. und A. bekommt statt 800 fl. 750 fl., der Erbe 250 fl., während seine unverringerte Quart 300 fl. betrug. Den Verlust tragen also Beide. Betrug der unverringerte Nachlaß 1000 fl. und die Vermächtnisse 800 fl. und 200 fl., der durch die Exemtion der 200 fl. verringerte Nachlaß also 800 fl., so erhält A. statt 800 fl. 600 fl., der Erbe statt seiner unverringerten Quart von 250 fl. 200 fl. Es erhellt, wie irrig es ist, die 1ste und 3te Procedur für identisch zu erklären, wie von Puchta § 549 geschieht (cf. Arndts § 567 Anm.).

Welche von diesen drei Verfahrungsarten im einzelnen Falle einzutreten habe, hängt zunächst ab von der Anordnung des Erblassers[19].

---

19) Nov. 1 cap. 2 § 2.

L. 88 pr. D. 35. 2: Qui 400 habebat, 300 legavit, deinde tibi fundum dignum 100 aureis sub hac conditione legavit: „si legi Falcidiae in

Digitized by Google

Liegt solche nicht vor, so kommt das sub Nr. 3 angedeutete Verfahren zur Anwendung und zwar nach gesetzlicher Vorschrift, namentlich in den angeführten Fällen „ex qualitate legati" und im Fall einer vom Erben bei Seite geschafften vermachten Sache[20]. Die Proceduren sub Nr. 1 und 2 kommen nur dann zur Anwendung, wenn sie in der Anordnung des Erblassers ausgedrückt sind. Hinsichtlich der Procedur Nr. 2 cf. cit. l. 88 pr. § 2 D. 35. 2.

II. Von einzelnen Arten der Singularvermächtnisse insbesondre.

§ 106.

Der mögliche ökonomische Inhalt der Vermächtnisse kann nach der verschiedenen Natur und Beschaffenheit der Vermögensrechte, welche deren Gegenstand bilden, ein unendlich verschiedener sein (cf. § 87).

In den Quellen sind eine Reihe einzelner Fälle von Singularvermächtnissen als Beispiele angeführt und näher entwickelt. Was aber hierüber die Quellen bestimmen und wir in den folgenden Paragraphen ausführen werden, ist nur Auslegung des wahrscheinlichen Willens des Erblassers, d. h. Festsetzung dessen, was in solchen Fällen als dem Willen des Erblassers gemäß anzunehmen sei.

§ 107.

A. Vermächtniß einzelner bestimmter Sachen.

Inst. de legatis (2. 20). Dig. de tritico, vino vel oleo legato (33. 6) de instructo vel instrumento legato (33. 7) de penu legata (33. 9) de supellectile legata (33. 10) de auro, argento, mundo, ornamentis, veste vel vestimentis et statuis legatis (34. 2).

---

testamento suo locus non esset". Quaeritur, quid juris est? . . Quidquid constituerimus verum esse, falsum reperietur. Namque si legatum tibi datum valere dicamus, legi Falcidiae locus erit, ideoque deficiente conditione non debebitur. Rursus si, quia conditio deficiat, legatum valiturum non sit, legi Falcidiae locus non erit. Porro si legi locus non sit, existente conditione legatum tibi debebitur. Quum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet, magis est, ut statuere debeamus, tui legati conditionem defecisse. § 2. Quare, quum quis tale quid consequi velit, sic consequetur: „si quid amplius legavi vel legavero, quam per legem Falcidiam licebit, tum, quantum ad supplendam quadrantem deduci oportet, ex eo legato, quod Titio dedi, heres meus damnas esto dare".

L. 64 D. eod.

20) Cit. l. 6 D. 34. 9. L. 24 pr. D. 35. 2 (cf. Anm. 7).

Digitized by Google

Majansius, De legato rei alienae in Disp. Tom. I. Nr. 20 und De legato rei obligatae, das. Nr. 21. Arndts im Rhein. Mus. Bd. V. S. 207 ff. Mühlenbruch über l. 57 D. de leg. I. im civil. Arch. Bd. XV. Nr. 18. 2. Harnier, De regula Catoniana. p. 72 sq. Bachofen Pfdr. I. S. 127 ff. Neuner, Hered. inst. ex re certa. p. 273 sq. not. 40, vergl. mit p. 275 not. 27, p. 276 not. 41. Arndts § 569. Puchta § 528. Brinz § 208. Sintenis § 217 sub Nr. A. Holzschuher S. 916—918. Böcking Erbr. III. B. § 138. Westphal Vermächt. Bd. I. § 244. Roßhirt Vermächt. Bd. II. S. 148 ff. S. 165 ff. Mühlenbruch-Glück Bd. 21. S. 350 ff. Bd. 35. S. 323. Mühlenbruch Pand. § 841. Göschen § 1011—1014. Müller § 192. Vangerow § 525. 548. Bering S. 690—691. 760—762. Keller § 563. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 324—329.

Unter legatum speciei, species legata, versteht man das Vermächtniß einer res certa, d. i. einer individuell bestimmten Sache, sei es eine Sache des Erblassers oder des Onerirten oder des Vermächtnißnehmers selbst oder eines Vierten (eines Fremden).

A. Vermächtniß einer species testatoris propria. Hier geht, sobald dies legati cedit et venit, das Eigenthum unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer über, als ihm vom Erblasser selbst übertragen[1]. Im Wesen, d. i. abgesehn von den Förmlichkeiten der Errichtung, ist dies das alte Vindicationslegat. Der Vermächtnißnehmer kann die vermachte Sache vindiciren und zwar nebst Zuwachs und Zubehör[2], hat auch als Vindicant von jenem Zeitpuncte an Anspruch auf die Früchte[3] (cf. § 96 Nr. I. A.). Für Mangel der Sache hat der Onerirte nicht einzustehen. Hinsichtlich der auf der Sache ruhenden Lasten gilt Folgendes; sobald nicht ein andrer Wille des Erblassers erkennbar vorliegt.

1. Prädialservituten gehen auf den Vermächtnißnehmer über; das Grundstück müßte denn ausdrücklich lastenfrei (fundus uti optimus maximusque) vermacht sein, in welchem Falle der Onerirte die Last abzulösen hat[4].

2. Im Zweifel hat der Vermächtnißnehmer auch die dem Onerirten selbst zustehenden Servituten wieder einzuräumen[5].

---

1) Cit. const. 1 Cod. 6. 43. Cit. § 2 I. 2. 20 (cf. § 98 Anm. 18. § 96 Anm. 1).

2) L. 24 § 2 D. de leg. I.

3) L. 42 D. 22. 1: . . respondit, fructus, qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere, licet major pars anni ante diem fideic. cedentem praeteriisse dicatur.

4) L. 69 § 3 D. de leg. I.: Si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam: qualis est, dari debet. Quodsi ita legatus sit „uti optimus maximusque", liber praestandus est.

5) L. 116 § 4 D. de leg. I.: Fundus legatus talis dari debet, qualis

Digitized by Google

3. Ruht jedoch ein solches Recht auf der Sache, welches dem Eigenthümer Genuß und Nutzung entzieht oder zu entziehen droht, als Emphyteusis, Superficies, Nießbrauch und Pfandrecht, so kann dies weder der Onerirte, noch auch (beim Sublegat) der Erbe, welcher direct gar nicht onerirt ist, gegen den Vermächtnißnehmer geltend machen[6].

4. Ruht ein Recht der bezeichneten Art auf der Sache, das einem Dritten zusteht, und war dies dem Erblasser bekannt, so hat der Onerirte die Sache frei von dieser Beschränkung zu gewähren, also die Last abzulösen[7].

5. Stand ein Recht der bezeichneten Art dem Vermächtnißnehmer selbst zu, so kann derselbe außer dem Eigenthumserwerb nichts aussprechen. L. 85 D. cit. in Anm. 8.

Ist die vermachte Sache dem Vermächtnißnehmer verpfändet, so ist das Pfandrecht durch confusio erloschen. Die Forderung des Vermächtnißnehmers aber, für die das Pfand haftet, bleibt bestehen, wenn nicht der Erblasser dieselbe durch das Vermächtniß gerade zu decken Willens war[8].

---

relictus est. Itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit, sive ei fundus heredis: licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum jus restituendum est. Et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponitur.

L. 18 D. 8. 1: In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est: doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

6) L. 26 D. de leg. II.: Is, cujus in servo proprietas erat, fructuario herede instituto, alicui eum servum legavit. Non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet: non relicto heredi usufructu.

L. 76 § 2 D. eod.: Dominus, herede fructuario scripto, fundum sub conditione legavit. Voluntatis ratio non patitur, ut heres ex causa fructus emolumentum retineat. Diversum in ceteris praediorum servitutibus, quas heres habuit, responsum est . . .

L. 57 D. de leg. I.: Si res obligata per fideic. fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam: ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit. Si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam . . (cf. Mühlenbruch im civil. Arch. l. c.).

7) Cit. § 5 I. 2. 20. Cit. const. 6 Cod. 6. 42. Cit. l. 66 § 6 D. de leg. II. (cf. § 98 Anm. 11—13).

8) L. 85 D. de leg. II.: Creditorem, cui res, pignoris jure obligata, a debitore legata esset, non prohiberi, pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur.

Digitized by Google

Mit Unrecht behauptet Roßhirt l. c. S. 159, der Erbe sei auch verpflichtet, dem Vermächtnißnehmer eine andere Sicherheit für seine Forderung zu bestellen, oder dieselbe zu bezahlen, wenngleich ein Dritter der Schuldner sei (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 327).

Vorstehende Wirkungen treten nur pro parte ein, wenn nur eine pars speciei propria vermacht ist[9]. Ist eine pars einer reell untheilbaren Sache vermacht, so kann der Vermächtnißnehmer mit dem Geldwerthe seines Theils abgefunden werden[10].

Ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Vermächtnisse ist es, wenn der Testator die eigne Sache irrthümlich für eine fremde gehalten hat[11].

B. Vermächtniß einer species heredis propria, einer Sache, die dem Onerirten gehört. Hier entsteht mit dem dies veniens kraft der erwähnten obligatio quasi ex contractu zwischen dem Onerirten und dem Vermächtnißnehmer ein Obligationsverhältniß, vermöge dessen der Erstre dem Letztren die vermachte Sache übertragen muß, auch wenn der Erblasser die Sache für seine eigne gehalten haben sollte[12].

C. Vermächtniß einer einem Dritten gehörigen species, legatum rei alienae.

1. Gehörte die vermachte Sache einem Fremden und wußte dies der Erblasser, so wird im Zweifel angenommen, er habe dem Onerirten auferlegen wollen, dieselbe dem Honorirten zu verschaffen. Letztrer fordert dies mit einer persönlichen Klage. Ist der Ankauf oder sonstige Erwerb nicht möglich oder gar zu schwierig, so hat der Honorirte nur den Werth der Sache zu verlangen[13].

---

9) Arg. l. 5 § 2 D. de leg. I.: Quum fundus communis legatus sit, non adjecta portione, sed „meum" nominaverit, portionem deberi constat.

10) Arg. l. 26 § 2 D. de leg. I.

11) § 11 I. 2. 20: Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum . . Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

12) L. 67 § 8 init. D. de leg. II.: Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non est . . constitutioni locus, qua cavetur, non cogendum praestare legatum heredem . . .

13) § 4 I. 2. 20: Non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest, ita, ut heres cogatur, redimere eam et praestare, vel, si non potest redimere, aestimationem

Digitized by Google

Die bezeichnete Kenntniß des Erblassers gehört zum Klagfundament des Honorirten. Er hat sie daher zu behaupten und, falls der Onerirte sie leugnet, zu beweisen[14].

2. Hielt der Erblasser aber irrthümlich die Sache für die seinige, so wird im Zweifel angenommen, er würde sie nicht vermacht haben, hätte er gewußt, sie gehörte ihm nicht. Deshalb ist hier das Vermächtniß ungültig[15], § 4 I. cit.: außer es würde die gegentheilige Absicht des Erblassers vom Vermächtnißnehmer nachgewiesen werden können, oder wenn der Honorirte eine persona conjuncta ist, d. h. Descendent, Ascendent, Ehegatte oder Verlobter des Erblassers[16].

Wohl zu beachten ist aber, daß in allen solchen Fällen unter einer fremden Sache nicht diejenige zu verstehen ist, die dem Onerirten gehört; denn gehört sie diesem, so muß er sie stets leisten, vorausgesetzt, daß er das ihm Hinterlassene angenommen hat (cf. Nr. B.).

D. Vermächtniß einer species legatarii propria. Dasselbe ist ungültig, quia quod legatarii proprium est, amplius ejus fieri non potest[17]. Nur, wenn der Vermächtnißnehmer die

---

ejus dare . . Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. Et verius est, ipsum, qui agit, id est legatarium, probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam; quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

L. 71 § 3 D. de leg. I.: Qui confitetur, se quidem debere, justam autem causam affert, cur utique praestare non possit, audiendus est. Ut-puta si res aliena legata sit, negetque dominium vendere, vel immensum pretium ejus rei petere affirmet . . . Aequissimum est, concedi ei ex hac causa, aestimationem officio judicis praestare.

L. 30 § 6 D. de leg. III.

14) L. 21 D. 22. 3: . . legatarium probare oportere, scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum, non heredem probare oportere.

15) L. 67 § 8 med. D. de leg. II.: . . succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit.

16) Const. 10 Cod. 6. 37: Quum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, . . ex legato . . ab eo, qui legatum . . meruit, peti potest. Quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse.

17) § 10 I. 2. 20: si rem legatarii quis ei legaverit, inutile est legatum, quia, quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest. Et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa, nec aestimatio ejus.

Digitized by Google

Sache erst nach der Testamentserrichtung und zwar ex causa onerosa, nicht lucrativa, und nicht vom Erblasser selbst erworben hat, kann er den Werth der Sache fordern[18].

Das Vermächtniß einer Sache, die dem Honorirten zur Zeit der Testamentserrichtung gehört, bleibt nach der regula Catoniana auch dann ungültig, wenn derselbe noch bei Lebzeiten des Testators die Sache veräußert hat und zur Zeit der Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht mehr Eigenthümer ist[19].

Gültig ist das Vermächtniß einer solchen Sache jedoch dann, wenn dieselbe vermacht ist:

1. gerade auf den Fall der Veräußerung vor dem Tode des Testators[20], oder

2. unter irgend einer sonstigen, einer später zu erfüllenden, Bedingung[21], quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet (cf. § 89 Nr. I. i. f.). Sogar die Bedingung: „si vivo testatore rem alienaverit" soll, wie wir so eben (Anm. 20) sahen, gültig zugefügt werden dürfen. Es ist daher nicht zu rechtfertigen, wenn manche Civilisten (Mühlenbruch § 841 Anm. 9) nur diese Bedingung für zulässig halten (cf. Vangerow S. 511. Nr. 1).

3. Wenn das Eigenthum des Honorirten an der vermachten Sache aus einem der Testamentserrichtung vorausgehenden Grunde rückgängig gemacht wird, z. B. durch in integrum resti-

---

18) Cit. § 6 I. 2. 20 (cf. § 94 Anm. 10).

19) L. 41 § 2 D. de leg. I.: . . si . . ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere . ., quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.

20) L. 1 § 2 D. 34. 7: Item si tibi fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, „si eum vivo testatore alienaveris": legatum tibi debetur, quod non deberetur, si testator statim decessisset (cf. Vangerow S. 510 Anm. 2.).

L. 18 D. de leg. II.: Heredem meum ita tibi obligare possum, ut, „si quandoque ego moriar, tuus servus Stichus non erit", dare eum tibi, damnas sit.

21) L. 98 D. 35. 1: Mea res sub conditione legari mihi potest, quia in hujusmodi legatis non testamenti facti tempus, sed conditionis expletae, spectari oportet.

Cit. l. 41 § 2 i. f. D. de leg. I. (cf. Anm. 19).

Digitized by Google

tutio des früheren Eigenthümers[22] oder durch Rescission eines Verkaufes wegen laesio enormis.

4. Wenn der Testator schon zur Zeit der Testamentserrichtung einen Anspruch darauf hatte, daß die Sache ihm tradirt werde, mag sie nun wirklich ihm tradirt sein oder nicht, indem im erstren Falle ein Anspruch des Vermächtnißnehmers auf Rückgabe der Sache, im andren aber ein Liberationslegat begründet ist[23] (cf. § 115 Nr. II.).

5. Wenn an der species legatarii propria dem Testator oder dem Erben dingliche Rechte zustanden, indem dann diese erlöschen[24]. Ob, wenn einem Dritten solche Rechte an derselben zustehen, der Erbe dieselben ablösen müsse?[25] darüber cf. Vangerow S. 512—513.

§ 108.

B. Vermächtniß einer Sachgesammtheit.

Dig. de tritico vel vino vel oleo legato (33. 6). Dig. de penu legata (33. 9). Dig. de instructo vel instrumento legato (33. 7). Dig. de supellectile legata (33. 10) de peculio legato (33. 8) de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis (34. 2).

---

22) L. 82 § 1 D. de leg. I.: Si ex bonis ejus, qui Reipublicae causa aberat, rem usu acquisierim, et ea . . mihi legata sit, deinde . . evincatur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere.

23) L. 39 § 2 D. de leg. I.: Si Titius a me rem emisset, et eandem mihi legasset, . . mox ei tradidero et pretium recepero: videtur quidem is prima facie rem mihi meam legasse et ideo legatum non consistere. Sed, ex emto actione liberatus, utique per legatum rem vindicare potero, quam tradidi. Sed si nondum erat solutum mihi pretium, ex vendito quidem me acturum, ut pretium exsequar, ex testamento vero, ut rem, quam vendidi et tradidi, recipiam. Idem subjungit, si pretium quidem mihi erat solutum, rem autem nondum tradideram, ex testamento me agentem liberationem consequi.

24) L. 86 § 4 D. de leg. I.: Valet legatum, si superficies legata sit ei, cujus in solo fuerit, licet is dominus soli sit. Nam consequetur, ut hac servitute liberetur et superficiem lucrifaciat.

L. 71 § 5 D. eod.: Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, Julianus scribit, . . quia aliquod jus in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. § 6. Sed etsi non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id jus, quod in vectigalibus fundis habemus.

25) L. 86 pr. D. eod.: Si tibi homo, quem pignori dederas, legatus ab alio fuerit: actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur.

Cit. l. 66 § 6 D. de leg. II. (cf. § 98 Anm. 13).

Digitized by Google

Arndts § 570. Puchta § 530. Brinz § 213. Holzschuher S. 925—928. Roßhirt Vermächt. Bd. II. S. 28 ff. Göschen § 1019. Vangerow § 553. Bering S. 767—768. Keller § 566. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 329—330.

A. Der Erblasser kann auch eine Gesammtheit von einzelnen körperlichen Sachen vermachen, eine sog. universitas facti, wie eine Heerde, eine Bibliothek, oder auch eine specielle universitas juris, d. i. eine Gesammtheit von Vermögensrechten jeder Art, z. B. ein peculium. Hier wird die Gesammtheit als ein einziges Ganzes aufgefaßt, als individuell bestimmter Gegenstand. Daher gelten auch hier die im § 107 vorgetragenen Sätze über species legata.

B. Der Erblasser kann aber auch nach Belieben eine gewisse Art von Sachen, die sich nicht schon an sich als ein Ganzes darstellen, unter einer Collectivbezeichnung zusammenfassen, und zum Gegenstande eines Vermächtnisses machen (legatum generali sermone relictum)[1]. Hier ist es Sache der Willensauslegung, was im einzelnen Falle unter dem Vermächtniß zu begreifen sei. Die Quellen haben darüber eine Reihe von Vorschriften zusammengestellt (cf. die cit. Pandectentitel und Roßhirt l. c., Keller l. c.). Bei diesen Vorschriften sind, neben der leitenden Absicht, die betr. Verfügungen auszulegen, auch Römische Redeweise, sowie nationale Eigenthümlichkeiten und Gebräuche der Römer in Anschlag zu bringen. Das reiche Detail dieser Vorschriften kann daher hier keine Ausführung finden. Für Vermächtnisse solcher Art sind hier nur folgende Regeln aufzustellen:

1. Das Vermächtniß einer Sachgesammtheit ist nicht ein Complex mehrer Vermächtnisse, sondern nur ein einziges[2]. Nur das ganze Vermächtniß kann angenommen oder ausgeschlagen werden[3].

2. Umfang und Inhalt des Vermächtnisses bestimmt sich im Zweifel nicht nach der Zeit des testamentum conditum, sondern nach der Todeszeit des Testators, so daß der Vermächtnißnehmer alle zu jener Zeit in der Gesammtheit vorhandenen Stücke

1) L. 41 § 3 D. de leg. III.: . . legatum generali sermone transferre voluisse.

2) L. 2 D. de leg. II.: Quoties nominatim plures res in legato exprimuntur, plura legata sunt; si autem supellex aut argentum aut peculium aut instrumentum legatum sit, unum legatum est.

3) L. 6 D. eod.: Grege autem legato non possunt quaedam spernI, quaedam vindicari, quia non plura sed unum legatum est. Idemque dicemus peculio legato, aut veste aut argento, aut similibus.

Digitized by Google

fordern kann[4]. Die Zeit der Testamentserrichtung wird jedoch schon dann als vom Testator angezeigt betrachtet, wenn er sagte: „vestem meam oder argentum meum damnas esto dare"; denn „hac demonstratione »meum« praesens, non futurum tempus ostendit". L. 7 D. 34. 2 (cf. Vangerow S. 626 Nr. 2).

3. Das Vermächtniß erlischt nicht durch Verringerung der einzelnen zum Ganzen gehörigen Stücke. Ist z. B. eine Heerde vermacht, und zur Todeszeit des Erblassers nur noch ein einziges Thier von derselben übrig, so kann Vermächtnißnehmer dies fordern[5]. Das Vermächtniß des Nießbrauchs der Heerde geht in diesem Falle unter[6].

4. Ist die Gesammtheit nicht selbstständig vermacht, sondern nur als Zubehör oder Anhang zu einer andren vermachten Sache, z. B. ein Landgut cum instrumento, ein Haus mit dem Hausgeräth, so erlischt mit diesem Hauptvermächtniß auch das Nebenvermächtniß, obwohl der Grund des Erlöschens dieselbe an sich nicht mit betrifft[7].

§ 109.

C. Vermächtniß einer Summe oder Quantität.

Dig. de tritico, vino vel oleo legato (33. 6).

Arndts § 571. Puchta § 530. Brinz § 214. Sintenis § 217. Holzschuher

---

4) § 18 I. 2. 20: Si grex legatus fuerit, posteaque ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato, etiam eas oves, quae post testamentum factum gregi adjiciuntur, legato . . cedere ait. § 20. Si peculium legatum fuerit, . . quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est.

L. 28 D. 36. 2: Si fundus instructus relictus erit, quaeritur, quemadmodum dari debeat . .? Respondit, ea, quibus instructus sit fundus, quum dies legati cedat, deberi.

L. 21 D. de leg. I.

5) L. 22 D. de leg. I.: Si, grege legato, aliqua pecora vivo testatore mortua essent . ., et si deminutum ex eo grege pecus esset, et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desiisset esse. Quemadmodum insula legata si combusta esset, area posset vindicari.

Cit. § 18 I. 2. 20.

6) L. ult. D. 7. 4: Quum gregis ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit ususfructus (cf. Roßhirt l. c. S. 36).

7) L. 1 § 1 D. 33. 7: Fundo cum instrumento legato et alienato, instrumentum non vindicabitur ex sententia defuncti.

L. 2 D. 33. 8: Nam, quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, quum principales res peremtae fuerint.

Digitized by Google

S. 921—923. Roßhirt Vermächt. Bd. II. S. 73 ff. Mühlenbruch § 746 Nr. 8. Vangerow § 550. Vering S. 768. Keller § 568. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 336.

1. Ist eine bestimmte Summe oder Quantität vertretbarer Sachen vermacht, legatum quantitatis, so ist es nicht erforderlich, daß sich Sachen dieser Art (Geld, Oel, Wein) in der Erbschaft vorfinden, sondern der Onerirte ist verpflichtet, die Sachen anzuschaffen[1], falls nicht die Verfügung des Erblassers direct oder indirect eine die Quantität herabsetzende Beschränkung enthält[2]. Vermachte Geldsummen werden im Zweifel im Münzfuß des Wohnorts des Testators geschuldet, sollte dieser keinen Anhaltspunct gewähren, im geringeren Münzfuß.

Bei vermachten Quantitäten anderer Fungibilien hat der Onerirte die Wahl der Sorte[3], darf jedoch nichts durchaus Schlechtes liefern. Marktmäßig hat er zu liefern.

2. Ist bei Festsetzung der Quantität angeführt, woher dieselbe genommen werden soll und der bezügliche Vorrath reicht nicht hin, so wird das Vermächtniß deswegen nicht geschmälert, sondern das Fehlende muß anderswoher entnommen werden.

3. Sind vertretbare Sachen vermacht ohne Bestimmung der Quantität, baares Geld ohne Bestimmung der Summe, so bekommt der Bedachte im Zweifel alles, was von der betr. Gattung zur Todeszeit sich im Nachlaß befindet[4]. Ob diese Entscheidung auch dem

---

1) L. 3 pr. D. 33. 6: Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, quum nullum vinum reliquisset, vinum heredem emturum et praestiturum, non acetum, quod vini numero fuit.

2) L. 5 D. eod.: Quum certus numerus amphorarum vini legatus esset „ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset" et minus natum esset: non amplius deberi placuit, et quasi taxationis vicem obtinere haec verba: „quod natum erit".

3) L. 4 D. eod.: Quum certum pondus olei, non adjecta qualitate, legatur: non solet quaeri, cujus generis oleo uti solitus fuerit testator, aut cujus generis oleum istius regionis homines in usu habeant. Et ideo liberum est heredi, cujus vellet generis oleum legatario solvere. (Für die Beschränkung dieser Stelle auf vermachtes Oel, wie z. B. Mühlenbruch l. c. will, fehlt wohl jeder Grund.)

Cit. l. 3 pr. i. f. D. eod.

4) L. 7 pr. D. 33. 6: Quidam heredem damnaverat, dare uxori suae vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta. Trebatius ajebat: „ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quoniam non adjectum esset, quantum ex quaque re daretur".

Digitized by Google

Geiste der Deutschen Sprache angemessen sei, muß bezweifelt werden. Wir müssen wohl unterscheiden, ob der Erblasser die fraglichen Sachen ohne Zufügung eines Artikels (ich vermache dem Titius Wein, Oel u. s. w.), oder mit einem solchen (ich hinterlasse dem Titius den Wein, das Oel u. s. w.) hinterlassen hat, und im ersten Falle müßte wohl die Bestimmung des Quantum dem billigen Ermessen des Onerirten überlassen werden, der dabei dann insbesondre das Bedürfniß des Vermächtnißnehmers zu berücksichtigen hätte (of. Vangerow § 550 Nr. 3).

§ 110.

D. Vermächtniß einer Rente.

Dig. de annuis legatis et fideicommissis (33. 1).

Böhmer Rechtsfälle Th. II. Nr. 104. Arndts § 572. Puchta § 531. Brinz § 214. Sintenis § 218. Holzschuher S. 923—924. Mühlenbruch-Glück Bd. 19. S. 59. 176. Bd. 21. S. 433 ff. Rostkirt Vermächt. Bd. II. S. 98 ff. Göschen § 1020. Vangerow § 551. Bering S. 769. Keller § 567. Arndts im Rtöl. Bd. 6. S. 330—332.

Dies ist dasjenige Vermächtniß, welches dem Onerirten die periodisch wiederkehrende Leistung einer bestimmten Summe oder Quantität auferlegt, legatum redituum; annuum vel menstruum legatum.

Verschieden davon ist der Fall, wenn mir im Ganzen eine bestimmte Summe vermacht ist, und dem Onerirten nur Zahlungstermine gesetzt sind, vielleicht jährliche oder monatliche. Dies ist ein Vermächtniß, das auf einmal anfällt, was beim Rentenvermächtniß nicht der Fall ist. L. 20 D. 36. 2 cit. in Anm. 6).

1. Das Rentenvermächtniß ist ein Complex so vieler einzelner Vermächtnisse, als Zahlungstermine eintreten. Jedes einzelne hat seinen eignen dies cedens und zwar im Zweifel zu Anfang der gesetzten Fristen, z. B. Jahre, Monate. Beim Vermächtniß einer jährlichen Rente z. B. muß daher der Bedachte den Beginn eines jeden Jahres erleben, um den Anspruch auf den betr. Jahresbetrag zu erwerben [1].

Ofilius .. omne, quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant .., idque verum est.

L. 1. 2. 3 § 1 l. 6 D. 33. 6.

1) L. 4 D. 33. 1: Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus .. plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium

Digitized by Google

2. Das Rentenvermächtniß geht im Zweifel nur auf die Lebenszeit des Vermächtnißnehmers[2]. Jedoch kann der Erblasser bestimmen, daß die Rente auch den Erben des Vermächtnißnehmers zukommen solle. In diesem Falle geht das Vermächtniß im Zweifel auch sogar auf die Erben des Erben über u. s. w., so daß die Rente eine immerwährende ist[3] (cf. Arndts im Rtsl. l. c.).

Ist ein Rentenvermächtniß einer juristischen Person hinterlassen, so ist es eine ewig währende Rente. Die Last dauert, bis die juristische Person aufgehoben wird[4]. Dasselbe gilt auch, wenn die Rente einem jederzeitigen Beamten vermacht ist[5].

3. Von dem bezeichneten Vermächtnisse einer im Ganzen bestimmten Summe unterscheidet sich das legatum annuum oder redi-

---

conditionale. Videri enim inesse hanc conditionem „si vivat". Et ideo, mortuo eo, ad heredem legatum non transire.

L. 11 D. eod.: Quum in annos singulos legatur, plura legata esse placet, et per singula legata jus capiendi inspicietur.

L. 1 § 16 D. 35. 2: Si in annos singulos legatum sit Titio: quia multa legata et conditionalia sunt, cautioni locus est, quae in edicto proponitur: „Quanto Amplius Accipit, Reddi".

L. 12 pr. D. 36. 2: nec semel diem ejus cedere, sed per singulos annos. § 1. Sed utrum initio cujuscunque anni, an vero finito anno cedat? quaestionis fuit. Et Labeo . . in omnibus, quae in annos singulos relinquuntur, hoc probaverunt, ut initio cujuscunque anni hujus legati dies cederet.

Const. 1 Cod. 6. 53: Si . . annua legata . . tibi relicta probaveris, ab initio cujuscunque anni exigendi ea habebis facultatem.

2) L. 8 D. 33. 1: In singulos annos relictum legatum simile est usufructui, quum morte finiatur . . . Illud certe amplius est in hoc legato, quod in ingressu cujuslibet anni, si decesserit legatarius, ejus anni legatum heredi suo relinquit. Quod in usufructu non ita est, quum fructuarius, etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, heredi suo eos fructus non relinquit.

3) L. 65 D. 50. 16: Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, sed et ad ulteriores refertur. Et heredis heres et deinceps heredis appellatione continetur.

Const. 22 Cod. 6. 37: In annalibus legatis . ., quae testator non solum certae personae, sed etiam ejus heredibus praestare voluit: eorum exactionem omnibus heredibus et eorum heredum heredibus conservari, pro voluntate testatoris praecipimus.

4) L. 6 D. 33. 1: Annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit.. Modestinus respondit, fideicommissum quotannis in perpetuum reipublicae praestandum esse.

5) L. 20 § 1 D. eod.

Digitized by Google

tuum auch dann, wenn letzteres nur auf eine bestimmte Reihe von Jahren vermacht ist, z. B. auf 10, 20 Jahre. Stirbt hier der Honorirte z. B. nach 7 Jahren, so ist der Rest erloschen. Ist dagegen eine im Ganzen bestimmte Summe auf 10 oder 20 Jahresraten vertheilt, und stirbt nun der Honorirte nach 7 Jahren, so transmittirt er den Rest auf seine Erben[6].

§ 111.

E. Vermächtniß des Lebensunterhaltes.

Dig. de alimentis vel cibariis legatis (34. 1).

Böhmer Rechtsfälle Th. III. Nr. 191. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 571. Arndts § 573. Puchta § 531. Brinz § 216. Sintenis § 218. Holzschuher S. 924—925. Rosshirt Vermächt. Bd. II. S. 81 ff. Göschen § 1020. Wangerow § 552. Wering S. 769—770. Keller § 567. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 322—338.

Dem Rentenvermächtniß und zugleich dem legatum ususfructus (cf. § 114 Nr. A.) verwandt ist das Vermächtniß der jährlichen Einkünfte einer bestimmten Sache oder einer Vermögensquote. Der Vermächtnißnehmer hat jedoch nicht, wie beim ususfructus, ein jus in re, sondern nur eine Forderung gegen den Erben auf Herausgabe der betr. Einkünfte; während dieser im Besitz und ungeschmälertem Eigenthum der Sache bleibt[1].

---

6) L. 20 D. 36. 2: Si cum praefinitione annorum legatum fuerit, veluti: „Titio dena usque ad annos decem", Julianus . . scribit interesse. Et si quidem alimentorum nomine legatum fuerit: plura esse legata et futurorum annorum legatum legatarium mortuum ad heredem non transmittere. Si vero non pro alimentis legavit, sed in plures pensiones divisit exonerandi heredis gratia: hoc casu ait, omnium annorum unum esse legatum et intra decennium decedentem legatarium etiam futurorum annorum legatum ad heredem suum transmittere . .

L. 26 § 2 D. eod.

1) L. 22 D. 33. 2: „Patrimonii mei reditum omnibus annis uxori meae dari volo". Aristo respondit, ad heredem uxoris non transire, quia aut usuifructui simile esset aut huic legato: in annos singulos.

L. 120 pr. D. de leg. I.: Nihil proponi, cur prohibeatur heres aedificia distrahere, quorum reditus sportulae sunt relictae, salva tamen causa legati.

L. 38 D. 33. 2: „Fundi Aebutiani reditus uxori meae, quoad vivat, dari volo". Quaero, an possit tutor heredis fundum vendere et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefamilias ex locatione fundi redigere consueverat? Respondit, posse. Item quaero, an habitare . . prohiberi possit. Respondit, non esse obstrictum heredem ad habita-

Digitized by Google

Eine Unterart der annua legata bilden die alimenta legata. Auch hier greift Platz der periodisch sich erneuernde dies cedens[2], das Erlöschen durch den Tod des Bedachten[3], und daß das Vermächtniß im Zweifel auf Lebenszeit gilt. Unter alimenta versteht man ordentlicher Weise die Befriedigung der nothwendigsten Lebensbedürfnisse: Nahrung, Kleidung und Wohnung, nicht auch etwa Erziehungs- und Unterrichtskosten[4].

Dies Vermächtniß ist gültig, wenn auch der Testator die Summe der zu verabreichenden Alimente nicht ausdrücklich angegeben hat. Diese kann gerichtlich festgesetzt werden. Hierbei hat denn der Richter vorzugsweise zu berücksichtigen, wie viel etwa der Testator selbst dem Bedachten an Alimenten jährlich schon verabreicht hat. Sonst ist auf den Stand des Bedachten zu sehen, da er nie mehr als standesgemäße Alimente bekommt und auf das hinterlassene Vermögen[5]. Hat jedoch der Testator das Quantum der Alimente bezeichnet, so muß der Onerirte es auch dann prästiren, wenn das etwa angewiesene Zahlungsmittel für das Quantum nicht ausreicht[6].

Das Alimentenvermächtniß ist in folgenden Stücken begünstigt:

---

tionem praestandam . . Item quaero, quo distat hoc legatum ab usufructu? Respondit, ex his, quae supra responsa essent, intelligi differentiam.

2) Cit. l. 20 D. 36. 2 (cf. § 110 Anm. 6).

3) L. 26 i. f. D. eod.: . . si pecuniam annuam pater alimentis filii destinasset, non dubie, persona deficiente, causa praestandi videtur exstincta.

L. 8 § 10 D. 2. 15: . . constat, . . alimenta cum vita finiri.

L. 15 pr. D. 33. 1.

4) L. 6 D. 34. 1: Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest. Cetera, quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur.

L. 7 D. eod.: nisi aliud testatorem sensisse probetur.

5) L. 14 D. 33. 1: Si cui annuum fuerit relictum sine adjectione summae . . quod testator praestare solitus fuerat, id videri relictum. Si minus, ex dignitate personae statui oportebit.

L. 22 pr. D. 34. 1: Quum alimenta . . relicta sunt, non adjecta quantitate: ante omnia inspiciendum est, quae defunctus solitus fuerat ei praestare, deinde, quid ceteris ejusdem ordinis reliquerit. Si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate ejus, cui fideic. datum fuerit, modus statui debebit.

6) L. 12 D. 34. 1: . . Paulus respondit, cibaria et vestiaria libertis defuncti integra deberi, neque ex eo, quod postea praedia his pignoris jure testator obligare voluit, ut ex reditu eorum alimenta perciperent, minuisse eum, vel auxisse ea, quae reliquerat, videri.

Digitized by Google

1. Die Alimente können auch dem gültig hinterlassen werden, welcher sonst aus dem Testament nicht erwerben kann[7] (cf. Savigny Syst. Bd. II. S. 106 ff.) z. B. nach Römischem Recht einem Sclaven. Heute kommen hin und wieder sogar Thieren vermachte Alimente vor, welchen indeß die Natur eines modus, nicht eines Vermächtnisses, anklebt.

2. Sind einem Kinde Alimente hinterlassen bis zur Pubertät, so interpretirte man unter Berufung auf kaiserliche Wohlthätigkeit generös, es sei mit der Pubertät bei masculis ein Alter von 18 Jahren, bei feminis ein solches von 14 Jahren gemeint[8]. Sollte bei uns jemand bis zur Mündigkeit Alimente hinterlassen, so wird er darunter die Volljährigkeit verstanden haben; denn das bedeutet in der deutschen Sprache „mündig".

3. Ist ein Andrer, als der directe Erbe, mit dem Alimentenvermächtniß belastet und erleidet dieser Onerirte von Seiten des Erben den Falcidischen Abzug, so darf er dennoch von den vermachten Alimenten nichts abziehen[9].

4. Hat eine allgemein lautende Verfügung Vermächtnisse zurückgenommen, so soll diese ademtio im Zweifel auf das Alimentenvermächtniß nicht mitbezogen werden[10] (cf. § 92).

5. Ein Vergleich über vermachte Alimente gilt nur in Folge gerichtlicher Bestätigung. Zu ertheilen ist diese erst nach vorheriger Prüfung, ob der Vergleich für den Berechtigten vortheilhaft sei?[11]

---

7) L. 11 D. 34. 1: Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia Principis restitutus est. Respondi, eum et praecedentium annorum recte cepisse alimenta et sequentium deberi ei.

L. 3 pr. § 1 D. eod.

8) L. 14 § 1 D. 34. 1: Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquantur . . Hadrianum constituisse, ut pueri usque ad decimum octavum, puellae usque ad quartum decimum annum alantur . .

9) L. 77 § 1 D. de leg. II.: Si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiae fungetur. Si tamen alimenta praestari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de majore pecunia praestari non dubie voluit integra.

10) L. 18 § 3 D. 34. 1.

11) L. 8 pr. D. 2. 15: Quum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesente, Divus Marcus . . effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si Praetore auctore facta . . .

Digitized by Google

§ 112.

F. Vermächtniß einer Gattungssache.

Dig. de optione vel electione legata (33. 5).

Francke, Observ. de jure leg. et fideic. Sect. 1. cap. 1. Jen. 1832. Gebauer, Titul. Dig. de opt. vel elect. legata illustr. in Exerc. acad. Tom. 1. exerc. 15. Arndts § 574. Puchta § 529. Brinz § 216. Sintenis § 217. S. 762. Holzschuher S. 918—920. Roßhirt Vermächt. Bd. II. S. 3 ff. Mühlenbruch § 744. Höpfner Institut. Comment. § 569. Seuffert § 607. Göschen § 1021. Vangerow § 549. Vering S. 763. Keller § 569. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 333—334.

Ein legatum generis ist dasjenige Vermächtniß einer körperlichen Sache, dessen Gegenstand nicht individuell, sondern nur der Gattung nach bestimmt ist, sei es nun, daß im Nachlaß Gegenstände der betr. Gattung vorhanden sind, oder nicht, z. B. „ein Haus", „ein Grundstück", „ein Pferd".

In beiden Fällen kann das Vermächtniß wegen allzu unbestimmter Bezeichnung des Gegenstandes ungültig sein, z. B. im ersten Falle[1], im zweiten[2]. In beiden Fällen dagegen kann es, bei hinreichender Bezeichnung des Gegenstandes, auch gültig sein. Zur Gültigkeit ist keineswegs erfordert, daß im Nachlaß Gegenstände der betr. Gattung vorhanden sind, oder daß der Erblasser zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses dergl. besaß, wie z. B. Vangerow will. Ebenso irrig ist es, mit Mühlenbruch und Roßhirt zu behaupten, falls im Nachlasse Gegenstände der betr. Gattung nicht vorhanden seien, so sei bei Immobilien das Vermächtniß ungültig, bei Mobilien gültig (cf. Vangerow S. 717). Es kommt vielmehr lediglich, wie gesagt, auf die hinreichende oder nicht hinreichende Bezeichnung des vermachten Gegenstandes an. Ein vermachtes corpus ignotum ist unwirksam vermacht, bestehe es in einem fundus non demonstratus oder in einer domus simpliciter legata. Nur liegt es in der Natur der Sache, daß, falls der Testator Gegenstände der

1) L. 69 § 4 D. 23. 3: stipulationem (sc. dotis, non demonstrata quantitate), valere placuit. Nec videri simile, quod fundo non demonstrato, nullum esse legatum .. fundi constaret; cum inter .. et corpus ignotum differentia .. sit.

2) L. 71 pr. D. de leg. I.: Si „domus" alicui simpliciter sit legata, neque adjectum, quae domus: cogentur heredes, quam vellet, domum ex his, quas testator habebat, legatario dare. Quodsi nullas aedes reliquerit, magis derisorium est, quam utile, egatum. (Uns interessirt hier zunächst nur der Schlußsatz.)

Digitized by Google

betr. Gattung überall nicht besaß, das Vermächtniß eher wegen mangelnder Bestimmtheit für ungültig zu erachten ist, als wenn er dergl. besaß, l. 71 pr. D. cit., und ebenso, daß dies eher bei Immobilien eintritt, als bei Mobilien. Einzelnen Falls die Grenze zu ziehen, überläßt das Gesetz dem arbitrium boni judicis. Gültig ist z. B.: „dem Titius vermache ich ein seinen Verhältnissen angemessenes Wohnhaus", oder auch nur: „ein paßliches Wohnhaus", oder: „ich vermache dem Titius ein Reitpferd", oder: „eine goldne Cylinder-Uhr", oder auch nur: „eine Uhr"; im Nachlasse mögen sich nun Wohnhäuser, Reitpferde und Uhren befinden oder nicht. (Diese, die richtige, Ansicht hat vorzugsweise Arndts aufgestellt und begründet, cf. Arndts im Rtsl. l. c.)

Ist nun ein legatum generis gültig, so hat der Onerirte einen Gegenstand der betr. Gattung nach seiner Auswahl (cf. Francke l. c.), jedoch von angemessener Güte und Beschaffenheit dem Honorirten zu verschaffen und zu tradiren (ne pessimus accipiatur, siehe Anm. 4), im Unmöglichkeitsfalle den Werth: vorausgesetzt, daß nicht im Nachlaßantheil des Onerirten Gegenstände der betr. Gattung sich vorfinden.

In diesem Falle nämlich gelten folgende Sätze:

1. Hat der Erblasser nicht ein Andres bestimmt, so kann der Vermächtnißnehmer unter den verschiedenen Gegenständen wählen[3]. Nur darf er unter den vorhandenen Sachen nicht gerade die beste wählen[4].

2. Hat jedoch der Erblasser dem Honorirten ausdrücklich die Wahl eingeräumt, so darf er auch die beste wählen[5].

Dies ist die optio oder electio legata. Nach ältrem Recht ging dies legirte Wahlrecht nicht auf die Erben des Legatars über, eine Bestimmung, die Justinian aufgehoben hat[6].

---

3) § 22 I. 2. 20: Si generaliter „servus" vel res alia legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.

4) L. 37 pr. D. de leg. I.: Legato generaliter relicto, veluti „hominis", .. scribit .., ne optimus vel pessimus accipiatur.

5) L. 2 pr. D. 33. 5: Quoties servi electio vel optio datur, legatarius optabit, quem velit.

6) § 23 I. 2. 20: Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis .. optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem. Et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra (const. 3 Cod. 6. 43) ..

Digitized by Google

3. Können mehre Collegatare oder mehre Erben eines Vermächtnißnehmers sich über die Wahl nicht einigen, so sollen sie nach Justinian unter sich loosen. Wer hiernach wählen kann, kann die Sache behalten und die übrigen mit dem Taxwerth abfinden[7].

4. Der Vermächtnißnehmer kann, um die Wahl zu treffen, verlangen, daß ihm alle Sachen der betr. Gattung aus der Erbschaft zur Ansicht vorgelegt werden. Hierauf geht eine actio ad exhibendum[8]. Sollten Sachen bei der Wahl gefehlt haben, so kann Vermächtnißnehmer seine Wahl noch ändern[9]. Eintretenden Falls haftet der Onerirte dem Honorirten mit der actio de dolo[10].

5. Hat der Erblasser dem Onerirten die Wahl überlassen, so darf dieser nicht eine ganz unbrauchbare Sache liefern[11]. Wird die gelieferte Sache evincirt, so kann der Vermächtnißnehmer auf eine wiederholte Lieferung klagen[12]. Ist der Erbe mit der Lieferung im Verzug, so geht das Wahlrecht auf den Vermächtnißnehmer über[13].

---

et data est licentia heredi legatarii, optare, licet vivus legatarius hoc non fecit.

7) Const. 3 pr. Cod. 6. 43.

8) L. 8 § 3 D. 33. 5: Si rerum depositarum electio mihi relicta sit, et ad exhibendum . . cum herede agere, ut is, depositi agendo, facultatem mihi eligendi praestet.

9) L. 4 D. eod.: Scyphi electione data, si, non omnibus scyphis exhibitis, legatarius elegisset: integram ei optionem manere placet.

L. 5 D. eod.

10) L. 9 § 1 D. 4. 3: Si mihi . . persuaseris, . . ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit: dico, de dolo dandam, si callide hoc feceris.

Cit. l. 110 D. de leg. I. (cf. Anm. 11).

11) Cit. L. 110 D. de leg. I.: Si heres, generaliter servum, quem ipse voluerit, dare jussus, sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit: de dolo malo agi posse ait. Sed quoniam illud verum est, heredem in hoc teneri, ut non pessimum det: ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet, et hunc pro noxae dedito relinquat.

Cit. l. 37 pr. D. de leg. I. (cf. Anm. 4).

12) L. 29 § 3 D. de leg. III.: Si heres tibi, servo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere . ., quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis.

13) L. 11 § 1 D. de leg. II.: „Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato, dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat". Si non dixerit heres . ., perinde obligatum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit . . Quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit.

Digitized by Google

6. Hat der Erblasser einem Dritten die Wahl gegeben, so darf auch dieser weder ein ganz unbrauchbares, noch ein ganz vorzügliches Objekt wählen. Will er nicht wählen oder hat er innerhalb Jahresfrist nicht gewählt, so wählt der Vermächtnißnehmer[14].

7. In allen Fällen ist die einmal getroffene Wahl unabänderlich[15].

8. Ueberall darf der Wahlberechtigte nur einen Gegenstand ganz, nicht Theile des einen und des andern leisten[16] oder auch fordern.

9. Ist beim legatum generis über die Zahl der vermachten Gegenstände nichts bestimmt, so kann der Vermächtnißnehmer drei Stücke wählen[17].

§ 113.

G. Alternatives Vermächtniß.

Arndts § 579. Puchta § 529. Brinz § 216. Sintenis § 217. Holzschuher S. 920. Göschen § 1021. Vangerow § 549. Bering S. 765—766. Keller § 569. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 341—343 (cf. auch die zu § 112 cit. Schriftsteller).

Das legatum alternativum ist dem legatum generis verwandt. Z. B. „Titio fundum Sejanum aut centum aureos do lego". Der Erblasser hat hier beizufügen, wer die Wahl haben solle, ob der Onerirte oder der Honorirte[1]. Auch einem Dritten kann

14) Const. 3 § 1 Cod. 6. 43: Sed et si quis optionem servi .. reliquerit non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere vel morte fuerit praeventus .., censemus .., si intra annale tempus ille, qui eligere jussus est, hoc facere supersederit .. ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen, ut non optimum .. eligat, sed mediae aestimationis.

Cit. l. 37 pr. D. de leg. I. (cf. Anm. 4).

15) L. 5 pr. D. de leg. I.: Servi electione legata semel .. optare possumus.

Cit. l. 11 § 1 i. f. D. de leg. II. (cf. Anm. 13).

16) L. 15 D. de leg. II.: Si quis, duobus heredibus institutis, ita legaverit: „Stichum aut decem heredes danto", non potest alter heredum quinque, alter partem Stichi dare; sed necesse est, utrumque aut Stichum totum aut decem solvere.

17) L. 1 D. 33. 5: .. rescripsit, eum, cui servorum legata sit electio, tres posse eligere.

1) L. 84 § 9 D. de leg. I.: „Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato" .. Quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, sententiam mutare non poterit. § 11. Si Titio „Stichus aut Pamphilus, utrum eorum mallet", legatus est, deinde Pamphilum testator Titio donavit, Stichus in obligatione remanet.

Digitized by Google

er die Wahl übertragen[2], oder auch vom Eintritt eines Ereignisses das Wirksamwerden des einen oder anderen Vermächtnisses abhängig machen. Dann ist das legatum alternativum einfach ein bedingtes.

In dem anomalen Falle, daß der Erblasser es unterließ, hierüber Bestimmung zu treffen, hat nach den Pandecten beim Damnationslegat der Erbe die Wahl, weil bei alternativen Obligationen stets der Schuldner die Wahl hat[3]. Beim Vindicationslegat dagegen, welches ipso jure das Eigenthum übertrug, hat der Legatar die Wahl[4]. Da nun Justinian beides in einander verschmolzen hat und zwar dem dadurch entstehenden neuen Institut die kräftigere Wirkung des einen oder des anderen der beiden ältren Institute vindicirend, so folgt, daß nach Justinianischem Recht immer der Vermächtnißnehmer die Wahl hat, sobald entweder beide vermachten Sachen oder auch nur eine derselben eine species propria testatoris ist[5]. Sobald die Natur des Vermächtnisses dem Honorirten eine Vindication nicht gewährt, muß man dem Onerirten das Wahlrecht einräumen (cf. Arndts § 579 Anm. 2.).

Im Einzelnen gilt Folgendes:

1. Individuell bestimmte Gegenstände sind gültig alternativ vermacht, auch wenn sie dem Onerirten, einem Dritten oder gar (unter Umständen) dem Honorirten selbst gehören. Es gilt das oben beim legatum speciei Vorgetragene (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 341 ff.).

2. Derjenige, dem die Wahl zusteht, kann unbeschränkt auch das Beste, bez. das Schlechteste wählen. Die einmal getroffene Wahl ist auch hier unabänderlich (cf. § 112 Nr. 7).

---

2) Cit. const. 3 § 1 Cod. 6. 43 (cf. § 112 Anm. 14).

3) L. 109 § 1 D. de leg. I.: Heres, cujus fidei commissum erat, ut mihi fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit; quum electio ei relinquitur utrum malit dandi.

L. 43 § 3 D. eod.

4) L. 34 § 14 D. de leg. I.: Si ita Titio legetur: „fundum Sejanum vel usumfructum ejus sibi habeto", duo esse legata et arbitrio ejus esse, an velit usumfructum vindicare.

L. 108 § 2 D. eod.: Cum homo Titio legatus esset, quaesitum est, utrum arbitrium heredis est, quem velit, dandi, an potius legatarii? Respondi, verius dici, electionem ejus esse, cui potestas sit, qua actione uti velit (i. e. legatarii) cf. Arndts § 579 Anm. 2).

5) Cit. const. 1 Cod. 6. 43 (cf. § 96 Anm. 1). Cit. § 22 I. 2. 20 (cf. § 112 Anm. 3).

Digitized by Google

3. Steht daher dem Honorirten die Wahl zu und hielt er nur eine Sache für vermacht, und vindicirte deshalb diese, so kann er nicht zu der anderen zurückgreifen. Dasselbe gilt für den Erben, wenn diesem die Wahl zusteht[6].

4. Beim alternativen Vermächtniß befindet sich jeder der mehren wahlweise vermachten Gegenstände vollkommen in obligatione, so daß, beim Untergang des einen Gegenstandes, das Vermächtniß des anderen noch immer gültig bleibt[7], und zwar auch dann, wenn dem Onerirten die Wahl zusteht. Insofern sagt Ulpian von einem alternativen Vermächtniß mit Recht: „duo esse legata". L. 34 § 14 D. de leg. I. cit. in Anm. 4.

5. Auf der anderen Seite ist aber der alternativ Bedachte nicht mehrmal, sondern nur einmal honorirt, weshalb Papinian[8] mit nicht mindrem Rechte sagt: „plura legata non facit" (cf. Vangerow S. 621). Hieraus folgt:

a. Für jedes der alternativ vermachten Objekte cedirt der Tag erst mit dem dies cedens des zuletzt deferirten, falls die Zeit des Anfalls für jeden einzelnen Gegenstand an sich verschieden sein würde, z. B. wenn der eine bedingt, der andre unbedingt, oder wenn an dem einen das Eigenthum, an dem andren der Nießbrauch vermacht ist[9] (indem ja beim vermachten Nießbrauch der dies cedens unter besonderen Regeln steht, cf. § 95 ad B. Nr. 2). Fällt jedoch durch den Tod

---

6) L. 19 D. de leg. II.: Si is, cui legatus sit „Stichus aut Pamphilus", quum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit: amplius mutandae vindicationis jus non habet. Tanquam si damnatus heres alterutrum dare Stichum dederit, quum ignoret, sibi permissum, vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.

7) Cit. l. 84 § 11 D. de leg. I. (cf. Anm. 1).

8) L. 25 pr. D. 36. 2: Quum illud aut illud legatur, enumeratio plurium rerum disjunctivo modo comprehensa plura legata non facit.

9) L. 14 pr. D. eod.: Si „ususfructus aut decem, utrum legatarius voluerit", sint legata, utrumque spectandum, et mortem testatoris et aditionem hereditatis: mortem propter decem, aditionem propter usumfructum. Quamvis enim electio sit legatarii, tamen nondum electioni locus esse potest, cum proponatur aut nondum testatorem decessisse aut eo mortuo hereditas nondum adita.

L. 25 pr. D. eod.: .. Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum, vel alterum sub conditione legaverit. Nam pendente conditione non erit electio, nec, si moriatur, ad heredem transiisse legatum videbitur.

L. 16 pr. D. eod.

Digitized by Google

des Vermächtnißnehmers die eine Alternative weg, so wird dadurch die Delation für die andre entschieden und diese wird auf seine Erben transmittirt[10] (cf. Vangerow S. 622).

b. Sobald das Vermächtniß des einen Gegenstandes wirksam geworden ist, so tritt der andre von selbst ex obligatione heraus. Geht z. B. nach vorgenommener Wahl der gewählte Gegenstand casuell unter, so kann der Honorirte nicht mehr auf den anderen zurückgreifen[11].

§ 114.

H. Vermächtniß dinglicher Rechte.

Dig. de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideic. datis (33. 2). Dig. de servitute legata (33. 3). Dig. de usufructu accrescendo (7. 2). Dig. quando dies ususfructus legati cedat (7. 3).

Francke (cf. § 112). Schneider Anwachsungsrecht (cit. im § 59) S. 296 ff. Griesinger, Beweis, daß das Anwachsungsrecht bei der Personaldienstbarkeit des usus Statt finden könne. Stuttgart 1794. Arndts § 575. Puchta § 532. Brinz § 217. Sintenis § 217. S. 761. Holzschuher S. 929—931. Mühlenbruch-Glück Bd. II. S. 191 ff. S. 409. Rothirt Vermächt. Bd. II. S. 616 ff. Göschen § 1014—1015. Vangerow § 554. Bering S. 770—775. Keller § 564. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 334—336.

Die dinglichen Rechte können in verschiedener Art Gegenstand eines Vermächtnisses sein.

I. Der Erblasser kann ein ihm selbst zustehendes jus in re aliena vermachen, z. B. ein Pfandrecht, eine Emphyteusis, eine Superficies[1] oder eine Prädialservitut (jedoch nur zugleich mit dem Eigenthum des praedium dominans).

---

10) L. 14 § 1 D. eod.: Inde quaerit Julianus: si post mortem testatoris legatarius decedat, an ad heredem transferatur decem legatum? Et . . scribit, posse dici, decem transtulisse, quia mortuo legatario dies legati cedit. Argumentum Julianus pro sententia sua affert tale: „Sejae decem, aut, si pepererit, fundum heres meus dato". Nam si, antequam pariat inquit, decesserit, ad heredem suum decem transmittet.

11) L. 84 § 9 D. de leg. I.: „Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato". Si dixerit heres, Stichum se velle dare: Sticho mortuo liberabitur.

1) L. 71 § 6 D. de leg. I.: Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id jus, quod in vectigalibus fundis habemus.

L. 1 § 7 D. 43. 18: Sed et tradi posse intelligendum est, ut et legari, et donari possit.

Digitized by Google

Erwirbt in solchen Fällen der Vermächtnißnehmer das jus in re unmittelbar? oder hat er nur einen persönlichen Anspruch auf Uebertragung des betr. Rechts gegen den Onerirten? Auch hiefür gelten die oben im § 96 entwickelten Grundsätze über legatum speciei testatoris propriae.

Auch kann der Erblasser den Onerirten verpflichten, das diesem zustehende Recht, auch z. B. den ususfructus der Ausübung nach, auf den Honorirten zu übertragen.

Dem Erblasser zustehende Personalservituten kann er jedoch nicht vermachen, weil sie mit seinem Tode von selbst erlöschen (cf. Vering S. 771).

II. Der Erblasser kann ein ihm an der Sache des Vermächtnißnehmers zustehendes Recht demselben erlassen. Hier wird dasselbe mit dem dies legati veniens ipso jure aufgehoben[2].

Der Erblasser kann aber auch dem Onerirten die persönliche Pflicht auferlegen, ein ihm zustehendes Recht dem Vermächtnißnehmer zu erlassen oder das einem Dritten zustehende Recht zu Gunsten des Vermächtnißnehmers abzulösen (cf. Arndts im Rtsl. l. c.).

III. Der Erblasser kann ein dingliches Recht durch Vermächtniß auch erst neu errichten[3]. An einer species testatoris propria erwirbt hier der Bedachte das dingliche Recht unmittelbar, falls Erblasser nicht auch hier die persönliche Pflicht, dasselbe zu constituiren, dem Erben auferlegte[4]. Bei einer Prädialservitut wird in beiden Fällen vorausgesetzt, daß der Bedachte ein benachbartes Grundstück besitzt[5].

---

2) Cit. l. 71 § 5 D. de leg. I. Cit. l. 86 § 4 D. eod. (cf. § 107 Anm. 24).

3) Dig. de usu et usufructu et habitatione et operis per legatum vel fideic. relictis (33. 2) de servitute legata (33. 3).

§ 4 I. 2. 3: . . Potest etiam quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat, vel ut patiatur, eum tignum in parietem immittere . ., eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

L. 26 pr. D. 13. 7: . . testamento . . pignus constitui posse, Imperator . . rescripsit.

Cit. l. 71 § 6 D. de leg. I. L. 1 § 7 D. 43. 18 (cf. Anm. 1).

4) L. 3 D. 7. 1: . . praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui . . .

5) Cit. const. 1 Cod. 6. 43 (cf. § 96 Anm. 1).

Digitized by Google

Vermachte der Erblasser ein jus in re an der Sache des Erben oder eines Dritten, so entsteht stets nur eine persönliche Verpflichtung des Erben, nämlich dasselbe entweder an der eigenen Sache zu constituiren, oder an der Sache eines Dritten zu verschaffen, bez. den Werth dafür zu leisten. Im letzten Falle kommt aber in Betracht, ob der Erblasser wußte, daß die Sache eine fremde sei (cf. Arndts § 575; auch § 107 Nr. A. 4. C. 1. 2.).

Einzelne vermachte jura in re aliena.

A. Ususfructus legatus, zunächst an einer species testatoris propria. Wir haben zu prüfen die Arten und die Wirkungen dieses Vermächtnisses.

1. Arten des ususfructus legatus:

a. so, daß der Onerirte, z. B. der Erbe, die nuda proprietas erhält, der Vermächtnißnehmer den ususfructus;

b. umgekehrt, so, daß der Vermächtnißnehmer die nuda proprietas erhält, der Onerirte, z. B. der Erbe, den ususfructus;

c. so, daß ein Vermächtnißnehmer die nuda proprietas erhält, ein andrer Vermächtnißnehmer den ususfructus[6].

In den Fällen b. und c. hat der Vermächtnißnehmer so lange, bis der usufructuarius stirbt — dort der Onerirte (Erbe), hier der Mitlegatar — eben nur die nuda proprietas, von da an, kraft Consolidation, unbeschränktes Eigenthum.

Steht in den Fällen a. und b. der ususfructus Mehren zu, und einer von ihnen stirbt, so haben die übrigen kein Accrescenzrecht, vielmehr consolidirt sein Antheil am ususfructus demjenigen Vermächtnißnehmer, der die nuda proprietas inne hat. (Die Quellen sprechen dies zwar nur für den Fall b. aus, und zwar wenn der ususfructus mehren Erben gebührt. Das Princip ist jedoch allgemeiner aufzufassen[7].)

---

6) § 1 I. 2. 4: Ususfructus a proprietate separationem recipit . . Ut ecce si quis usumfructum alicui legaverit. Nam heres nudam habet proprietatem, legatarius usumfructum. Et contra si fundum legaverit, deducto usufructu, legatarius habet nudam proprietatem, heres vero usumfructum (cf. cit. const. 14 Cod. 3. 33 in Anm. 7). Item alii usumfructum, alii deducto eo fundum legare potest.

7) L. 1 § 4 D. 7. 2: . . rescripsit, si, duobus heredibus institutis, deducto usufructu proprietas legetur, jus accrescendi heredes non habere. Nam videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum.

Digitized by Google

d. Der Erblasser vermacht zuerst Einem die Sache selbst, dann einem Andren den Nießbrauch derselben. Hier sollen nach den Pandecten Beide gleiches Nutzungsrecht haben; denn dem Ersten ist das Eigenthum vermacht, in demselben ist ein Nutzungsrecht enthalten, also haben es Beide, wenn nicht der Testator ausdrücklich dem Ersten die Sache ohne Nießbrauch vermacht hat, deducto usufructu[8].

Diesen Satz hat man in Deutschland nie angewendet, weil wir nach den Grundsätzen der Fideicommisse nicht annehmen können, was direct dem Willen des Erblassers widerspricht. Es verstößt jene Entscheidung selbst gegen Justinians eigene Principien[9].

e. Der ususfructus kann auch auf einzelne Tage, Monate oder Jahre, oder auf ein um das andere Jahr, Monat, Tag vermacht werden. Letzteren Falls bestehen, wie bei annua legata[10], mehre Vermächtnisse und mehre dies cedentes (cf. § 110 Nr. 1).

f. Das legatum ususfructus kann auch repetirt werden, d. i. der mir vermachte ususfructus kann mir für den Fall, daß ich ihn verliere, auf's Neue vermacht werden. Eine solche repetitio gilt als angeordnet, wenn er mir ad dies vitae vermacht ist[11].

L. 2 D. eod.: Ideoque amissa pars ususfructus ad legatarium eundemque proprietarium redibit.

L. 3 pr. D. eod.

Const. 14 Cod. 3. 33: Antiquitas dubitabat: si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit, quatenus ususfructus apud heredem maneat, si hujusmodi constat legatum? . . sancimus, et hujusmodi legatum firmum esse et talem usumfructum una cum herede finiri et illo moriente vel aliis legitimis modis eum amittente exspirare.

8) L. 19 D. 33. 2: Si alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: „Titio fundum detracto usufructu lego", vel: „Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato". Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur. . .

L. 6 pr. D. 7. 5.

9) Cit. const. 23 Cod. 6. 37 (cf. § 42 Anm. 7).

10) L. 1 pr. D. 7. 3: . . quaeri potest, si ususfructus cui per dies singulos legetur, vel in annos singulos, an semel cedat? Et puto non cedere semel, sed per tempora adjecta, ut plura legata sint. Et ita . . Marcellus probat in eo, cui alternis diebus ususfructus legatus est.

11) L. 5 pr. D. 7. 4: Repeti potest ususfructus legatus amissus qualicunque ratione, dummodo non morte nisi forte heredibus legaverit.

Digitized by Google

g. Auch an verzehrbaren Sachen und Forderungen kann ein ususfructus — quasi ususfructus — vermacht werden[12]; auch am ganzen Nachlaß oder an einer Quote desselben[13]. Dieser ususfructus ist theils verus, theils quasi ususfructus.

Bei den Römern pflegte man in diesem Falle den Nachlaß zu einer Geldsumme zu schätzen, so, daß der Bedachte weder den Nachlaß, noch diese Summe in seine Hände bekam, sondern nur die Zinsen der letzteren erhielt. Beim legirten ususfructus an einer Quote des Nachlasses hat der Erbe die Wahl, ob er den ususfructus in natura gewähren will oder nach dem bezeichneten Taxwerth[14].

2. Wirkungen des ususfructus legatus.

a. Dies cedens et veniens treffen hier in einen Moment zusammen. Der dies cedit erst, wenn er in anderen Fällen schon venit (cf. § 94 ad B. Nr. 2.).

b. Der ususfructus legatus hat ein anomales Accrescenzrecht (cf. § 97 Nr. C.).

c. Der Erblasser kann dem Usufructuar nie die cautio usufructuaria erlassen[15].

L. 3 pr. D. eod.: . . Unde tractatum est, si cui, quamdiu vivat, ususfructus legatus sit, an videatur repetitus, quoties amissus est? Quod et Maecianus tentat, et puto repetitum videri. Quare si usque ad tempus sit legatus, ut puta usque ad decennium, idem erit dicendum.

12) Dig. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur (7. 5).

13) L. 29 D. 7. 1: Omnium bonorum usumfructum posse legari, nisi excedat dodrantis aestimationem.

L. 37 D. eod.: „Uxori meae usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim". Quaesitum est, an praediorum tam rusticorum, quam urbanorum et mancipiorum . . ad uxorem pertineat. Respondit, . . omnium pertinere.

L. 43 D. eod.: Nihil interest, utrum bonorum quis an rerum tertiae partis usumfructum legaverit. Nam si bonorum usufructus legabitur, etiam aes alienum ex bonis deducetur, et, quod in actionibus erit, computabitur.

L. 25 pr. D. 33. 2. Const. 1 Cod. 3. 33.

14) L. 32 § 8 D. 7. 1: Usumfructum tertiae partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat. Quaesitum est: an pecuniae, quae ex rebus divisis secundum aestimationem effecta est, tertia praestanda sit? Respondit, heredis esse electionem, utrum rerum, an aestimationis usumfructum praestare velit (cf. Arndts § 575 Anm. 2).

15) Const. 7 Cod. 6. 54: . . ut autem boni viri arbitratu is, cui ususfructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse.

Digitized by Google

d. Ist jemandem der Nießbrauch hinterlassen, „bis ein Dritter ein bestimmtes Alter erreichen wird", und dieser Dritte stirbt vorher, so soll der Nießbrauch im Zweifel bis zu dem Tage fortdauern, an welchem jener, wenn er noch lebte, jenes Alter erreichen würde. Weiter noch geht Justinian. Ist der Nießbrauch jemandem hinterlassen für die Zeit, daß ein Dritter blödsinnig ist, so soll der Tod des Blödsinnigen den Nießbrauch nicht aufheben. Derselbe soll vielmehr bis zum Tode des Nutznießers fortdauern[16].

B. Usus legatus. Behauptet wird: „Wenn mehren zusammen der usus einer Sache vermacht sei, so solle keine Accrescenz vorkommen". Richtig ist: wenn jeder der beiden Collegatare für sich einen vollen usus hat, d. i., wenn er durch seinen usus für seine Bedürfnisse gedeckt ist, so findet Accrescenz, dem Begriff des usus zufolge, nicht Statt, weil auch der übrig bleibende Usuar nie mehr haben darf, als einmalige Deckung seiner Bedürfnisse. Waren sie aber durch einander beschränkt, so daß keiner den vollen usus hatte, dann findet Accrescenz Statt bis zur Ergänzung des usus (cf. Vangerow S. 635).

C. Auch Prädialservituten können vermacht werden[17]. Nur ist erforderlich, daß der Vermächtnißnehmer Eigenthümer eines praedium ist, und zwar eines vicinum.

Sind mehre Onerirte vorhanden, so sind sie solidarisch belastet, bez. solidarisch zur Einräumung persönlich obligirt, da eine Prädialservitut nicht theilweise vermacht werden kann[18].

D. Durch Vermächtniß kann auch eine Emphyteuse oder Superficies constituirt werden[19].

E. Auch Pfandrechte können durch Vermächtniß begründet werden[20]. Es gelten die allgemeinen Vermächtnißgrundsätze (cf. Bering S. 773). Nur hat der Erbschaftsgläubiger, dem ein Pfandrecht vermacht ist, kein Vorrecht den übrigen Nachlaß-Gläubigern gegenüber, nicht einmal den chirographarischen gegenüber. In seiner Eigenschaft als Vermächtnißnehmer steht er den übrigen Nachlaß-Creditoren nach.

---

16) Const. 12 Cod. 3. 33.

17) Cit. § 4 I. 2. 3 (cf. Anm. 3).

18) L. 7 D. 33. 3: Quum a pluribus heredibus institutis via legata est, quia partem non recipit, singuli heredes in solidum conveniuntur.

19) Cit. l. 71 § 6 D. de leg. I. L. 1 § 18 D. 43. 18 (cf. Anm. 1).

20) Cit. l. 26 pr. D. 13. 7 (cf. Anm. 3).

Digitized by Google

Der Gewinn des vermachten Pfandrechts besteht nur in Folgendem:

1. Steht dem Vermächtnißnehmer die betr. Forderung gegenüber einem Dritten zu, so ist er im Concurs dieses Dritten durch dies Pfand bevorzugt.

2. Gegenüber dem Erblasser; dann hat er jedem dritten Besitzer gegenüber die actio hypothecaria.

3. Gegenüber dem Erben; dann hat er dessen übrigen Gläubigern gegenüber allerdings ein Vorrecht.

§ 115.

I. Vermächtnisse in Bezug auf Forderungen.

Dig. de liberatione legata (34. 3). Dig. de dote praelegata (33. 4).

Haubold, De legato nominis. Lips. 1793. Arndts, Ad leg. 25 D. de liber. legata. Diss. Berol. 1825. Wächter in der Tübing. krit. Zeitschr. Bd. II. S. 186. Buchholtz, Lehre von den Prälegaten. S. 599. Westphal, Von einzelnen Vermächtnissen. § 275. Arndts § 576—577. Puchta § 532. Brinz § 218. Sintenis § 218. Holzschuher S. 932—941. Rossbirt Vermächt. Bd. II. S. 220 ff. Göschen § 1016—1018. Bangerow § 555. Bering S. 775—780. Keller § 565. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 337—340.

Die Vermächtnisse in Bezug auf Forderungsrechte unterscheiden sich auch durch technische Namen je nach der Person des Gläubigers und des Schuldners. Ist der Erblasser der Gläubiger und ein Dritter der Schuldner, so entsteht das legatum nominis. Ist der Erblasser oder der Erbe oder auch ein Dritter der Gläubiger und der Vermächtnißnehmer der Schuldner, so entsteht das legatum liberationis. Ist der Testator selbst der Schuldner und der Vermächtnißnehmer der Gläubiger, so entsteht das legatum debiti.

I. Legatum nominis ist also vorhanden, wenn der Erblasser eine ihm an einen Dritten zustehende Forderung mir vermacht, was auch geschieht, wenn er mir wörtlich nur den Schuldschein vermacht[1].

Mit dem legatum nominis ist also nicht zu verwechseln das

1) L. 39 § 3 D. de leg. I.: . . scribit, si fundum testator, quem ab alio emerat, mihi legavit, heredem cogendum mihi actionem ex emto praestare, scilicet si nondum res tradita fuerit vel defuncto vel heredi.

L. 44 § 5 D. eod.: Eum, qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas, argumento est venditio. Nam quum chirographa veneunt, nomen venisse videtur.

Digitized by Google

Vermächtniß einer Summe mit bloßer Anweisung auf einen bestimmten Schuldner[2].

1. Das Vermächtniß wird ganz als Cession der Forderung behandelt. Der Erbe hat nur dem Vermächtnißnehmer die Klage zu cediren[3]. Seit Pius wird dem Vermächtnißnehmer die Klage utiliter ohne Cession gegeben[4], wenn er nur das Vermächtniß beweist. Auch auf alle Accessorien der Forderung[5], namentlich Pfandrechte, Zinsen (selbst rückständige) hat der Vermächtnißnehmer Anspruch. Die Zinsen klagt er ein mit der utilis actio ex contractu. Mehre Vermächtnißnehmer, denen ein und dieselbe Forderung vermacht ist, erhalten je eine Rate derselben.

2. Da der Erbe nur zur Cession verpflichtet ist[6], so folgt, daß, wenn kein nomen vorhanden ist, auch das legatum inutile ist, einerlei ob der Erblasser vermachte: „was mir Titius schuldet", oder: „die 100 fl., die mir Titius schuldet"[7]. Der Erbe hat hier dem Vermächtnißnehmer nichts zu leisten. Ebenso wenn Titius ipso jure zwar schuldet, aber mit einer Einrede die Forderungsklage elidirt. Ebenso wenn Titius zwar schuldet, aber entweder insolvent ist, oder zufällige Gründe die geschuldete Leistung ihm unmöglich machen. War zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses ein nomen vorhanden, erlosch

---

2) L. 96 pr. D. eod.

3) § 21 I. 2. 20: . . quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario praestet, nisi exegerit vivus testator pecuniam; nam hoc casu legatum extinguitur.

L. 105 D. de leg. I.: . . „Quae Titius mihi debet, ea heres meus Cornelio dare damnas esto". Nihil amplius ex hoc legato, quam actiones suas, heres praestare debet.

4) Const. 18 Cod. 6. 37: Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest; utilibus autem suo nomine experietur.

5) L. 34 pr. D. de leg. III.: . . videri universam ejus nominis obligationem legatam.

6) L. 44 § 6 D. de leg. I.: Sed etsi nomen legetur, benigne id, quod debetur, accipiendum est, ut actiones adversus debitorem cedantur.

Cit. l. 105 D. eod. (cf. Anm. 3).

7) L. 75 § 1 D. de leg. I.: Si mihi „quod Titius debet" fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum . ., nullum esse legatum. § 2. . . et si Titio „decem, quae mihi Sejus debet" legavero, nullum erit legatum. Esse enim debitor debet.

Digitized by Google

dies aber noch bei Lebzeiten des Erblassers, oder erwarb Titius eine Einrede, z. B. die der Verjährung, so ist zu unterscheiden:

a. ob die Aufhebung der Forderung so geschah, daß sie dem Erblasser zu Gute kam, z. B. durch Zahlung,

b. oder nicht, z. B. durch Verjährung.

Im Falle Nr. b. ist das Vermächtniß inutile und der Erbe hat nichts zu leisten. Im Falle Nr. a. kommt es drauf an:

α. ob die Aufhebung geschah durch einen motu proprio erfolgten Act des Erblassers,

β. oder nicht.

Im Fall Nr. β. bleibt das Vermächtniß bestehen und der Erbe hat hier dem Vermächtnißnehmer Alles, was dem Erblasser nominis nomine zu Gute kam, auszuzahlen, z. B. wenn Titius, der Schuldner, die geschuldete Summe unaufgefordert einzahlt, etwa das verzinsliche Capital kündigt und zurückzahlt, oder wenn auf des Titius Antrieb eine gegenseitige Tilgung von Forderungen durch Abrechnung Statt fand.

Im Fall Nr. α. ist das Vermächtniß im Zweifel als tacite ademtum zu betrachten (cf. § 92 Nr. I.), z. B. wenn der Erblasser, ohne sachliche Veranlassung zu haben, die Forderung eintrieb, einklagte[8], das Capital kündigte, oder wenn auf seinen Antrieb die Abrechnung Statt fand[9]. Trieb er dagegen aus sachlichen Gründen ein, z. B. wegen wirklicher oder auch nur vermeintlich beginnender Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, so bleibt das Vermächtniß bestehen und der Erbe hat zu zahlen wie im Falle Nr. β. Erließ hiebei, oder auch im Falle Nr. β., der Erblasser dem Titius einen Theil der geschuldeten Summe, so hat der Erbe dem Vermächtnißnehmer ebensoviel abzuziehen. Ohne Unterschied ist hier, wie im Falle Nr. β., ob der Erblasser das, was Titius ihm zurückzahlte, pro deposito habuit, oder auf's Neue auslieh oder es zum Ankauf von Sachen oder sonstwie verwendete[10]. Erlosch die Forderung nach dem Tode

8) Cit. § 21 i. f. I. 2. 20 (Anm. 3). Cit. l. 75 § 2 D. de leg. I.: . . nam et si vivus exegissem, extingueretur legatum.

Cit. l. 82 § 5 i. f. D. eod. (cf. Anm. 15).

9) L. 21 pr. D. 34. 3: Si id, quod mihi (deberes, vel tibi vel alii legavero, idque mihi) solveris, vel qualibet alia ratione liberatus a me fueris: extinguitur legatum.

10) L. 11 § 13 D. de leg. III.: Ergo et si nomen quis debitoris exe-

Digitized by Google

des Erblassers, z. B. durch Zahlung an den Erben, oder durch Abrechnung mit ihm, oder durch Verjährung, so hat der Erbe Alles, was ihm nominis nomine zu Gute kam, dem Vermächtnißnehmer auszuzahlen[11]. Uebrigens darf der Schuldner dem Erben nicht mehr zahlen, sobald das Vermächtniß ihm angezeigt ist.

3. Hatte der Erblasser ein alternatives Forderungsrecht, wobei

a. dem Schuldner die Wahl zusteht und hat er einen der beiden Posten vermacht, so muß der Erbe die Forderung gegen den Schuldner geltend machen, und es kommt darauf an, was nun der Schuldner leistet. Leistet er das, was Gegenstand des Vermächtnisses ist, so ist das Vermächtniß zu Recht bestehend. Leistet er das Andre, so fällt das Vermächtniß zusammen. Vom Schuldner hängt es also ab,

α. ob Vermächtnißnehmer Etwas bekommt, oder nicht[12];

β. wer Etwas bekommt, wenn die alternativen Gegenstände verschiedenen Personen vermacht sind[13].

b. Hat aber der Gläubiger die Wahl, so kann der Vermächtnißnehmer selber klagen und zwar auf die eine ihm vermachte Leistung. Ist die eine Leistung dem A., die andre dem B. vermacht, so muß der

---

gerit, quod per fideic. reliquit, non tamen hoc animo, quum vellet extinguere, poterit dici, deberi . . Quum . . quidam nomen debitoris exegisset et pro deposito pecuniam habuisset, putavi, fideic. petitionem superesse, maxime si non ipse exegerat, sed debitor obtulerat . . Paullatim igitur admittemus, etsi ex hac parte pecuniae rem comparaverit, quam non hoc animo exegit, ut fideicommissarium privaret fideicommisso, posse adhuc fideic. petitionem superesse.

11) L. 21 § 2 D. 34. 3: Sed si sub conditione dato legato heres praeoccupaverat, et exegerit debitum, aliud dici oportet, quia in arbitrio heredis esse non debet, ut, quandoque conditione existente neque ipsi legatario debeatur legatum, si tum vivat et capere possit, neque ei, ad quem hoc commodum pervenit, si legatarius capere non possit.

12) L. 75 § 4 D. de leg. I.: . . si Stichum legaverit, quum ille ei Stichum aut decem deberet: incerti actio legatario adversus heredem competit . ., per quam compellat heredem experiri. Et si Stichum consecutus fuerit, praestabit ei. Si decem, nihil consequetur. Secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius is, cui Stichus legatus est.

Cit. l. 50 § 1 D. de leg. II. (cf. Anm. 13).

13) L. 50 § 1 D. de leg. II.: Si Titius mihi Stichum aut decem debeat et legavero tibi Stichum, quem mihi debet: placet, extingui legatum, decem solutis. Et si diversis, alii decem, alii Stichus legatus fuerit: ex eventu solutionis legatum valet.

Digitized by Google

Erbe nach seiner eignen Wahl einem von beiden cediren, dem andren die Aestimation leisten und zwar wiederum nach seiner Wahl die der einen oder der andren Leistung[14].

4. Dasselbe gilt, wenn der Erblasser mehre Correalschuldner hatte, z. B. den A. und den B., und er die Schuld des A. dem X., die des B. dem Z. vermacht. Hier erhält von X. und Z. der Eine, nach Wahl des Erben, die Klage, der Andre die Aestimation[15] (cf. Arndts im Rtsl. l. c.).

II. Legatum liberationis oder Liberatio legata. So heißt jedes Vermächtniß, wodurch eine Schuld vermacht wird, die der Vermächtnißnehmer selber schuldig ist, sei es dem Erblasser, dem Erben oder einem Dritten[16]. Eine liberatio kann auch indirect vermacht werden, z. B. wenn der Erblasser dem Erben die Anstellung der Klage untersagt[17], oder eine noch bestehende Schuld absichtlich als getilgt bezeichnet[18].

1. Bin ich durch Vermächtniß liberirt von einer Schuld gegen den Erblasser oder gegen den Erben, so bin ich zwar nicht ipso jure liberirt. Ich habe aber eine doli exceptio, wenn der Erbe mich aus der betr. eignen oder Erbschaftsforderung belangt. Auch habe ich eine Klage gegen ihn, daß er mich durch acceptilatio förmlich libe-

---

14) L. 76 D. de leg. I.: Quodsi quis, Stichum aut Pamphilum stipulatus, Sempronio Stichum legasset, Maevio Pamphilum: oneratus heres intelligitur, ut necesse habeat, alteri actionem suam, alteri aestimationem Stichi aut Pamphili dare.

15) L. 82 § 5 D. eod.: Qui Cajum et Lucium ejusdem pecuniae reos habeat, si ita legaverit: „quod mihi Cajus debet, id heres meus Sempronio damnas esto dare; quod mihi Lucius debet, id heres meus Maevio damnas esto dare", eam conditionem heredis sui constituit, ut is necesse habeat, alteri actiones suas, alteri litis aestimationem praestare. Si tamen vivus testator Cajo acceptum fecit, necesse est, ut Sempronii et Maevii legatum inutile sit.

16) L. 1 pr. D. 34. 3: Omnibus debitoribus ea, quae debent, recte legantur, licet domini eorum sint.

L. 8 pr. D. eod.: Non solum nostrum debitorem, sed et heredis, et cujuslibet alterius ut liberetur, legare possumus.

17) L. 2 § 1 D. eod.: Idem Celsus ait, nullam dubitationem habere, quin, herede petere a debitore vetito, nec heres heredis petere posit.

18) Const. 1 Cod. 6. 44: Verba testamenti, quae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant, aut voluntatem ejus liberare volentis debitorem . . ostendunt.

Const. 4 Cod. eod.

Digitized by Google

rire[19]. Man klagt heute wohl auf Rückgabe des Schuldscheins oder Löschung im Hypothekenbuche.

2. Bin ich durch Vermächtniß liberirt von einer Schuld gegen einen Dritten, so habe ich gegen den Erben eine Klage, daß er mich von dieser Schuld liberire. Wie er dies anzufangen habe? ob durch Zahlung, durch Abrechnung? dies Alles ist lediglich Sache des Erben.

3. Erließ mir der Erblasser generell alle Schulden, so sind auch alle Schulden erlassen, die ich ihm zur Zeit des errichteten Vermächtnisses schuldig war, nebst den Zinsen, welche später hiervon aufgelaufen sind. Die Forderungen dagegen, die erst nachher entstanden, sind nicht erlassen[20].

4. Die Liberation des Hauptschuldners kommt auch dem Bürgen zu Gute[21], ausgenommen, wenn der Bürge, falls er zahlen muß, einen Regreß gegen den Hauptschuldner aus dem Grunde nicht hat, weil er donandi animo sich verbürgte[22].

5. Ist von mehren correi Einem die Schuld erlassen, so sind an sich die übrigen nicht liberirt, ausgenommen, wenn die übrigen, im Falle sie zahlen müssen, gegen den Liberirten ihren Regreß nehmen können[23].

6. Ist die Schuld, die mir erlassen werden sollte, nicht existent, so ist das Vermächtniß wirkungslos[24], es mag der Gegenstand derselben

---

19) § 13 I. 2. 20: Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est, et neque ab ipso debitore neque ab herede ejus potest heres petere, nec ab alio, qui heredis loco est. Sed et potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest autem quis vel ad tempus jubere, ne heres petat.

L. 22 D. 34. 3: „Quod mihi Sempronius debet, peti nolo". Non tantum exceptionem habere debitorem, sed et fideicommissum, ut liberetur, petere posse, responsum est.

L. 3 § 2. 3 D. eod.: . . Si mihi liberatio sit relicta . ., sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem.

20) L. 28 § 1 l. 31 § 4. 5 D. 34. 3.

21) L. 2 pr. D. eod.: Heredem damnatum a fidejussore non petere, a reo petere posse; sed a reo petere vetitum, si a fidejussore petat, reo ex testamento teneri, Celsus putat.

22) L. 5 pr. § 1 D. h. t.

23) L. 3 § 3 l. 9 D. h. t.

24) L. 7 § 2 D. 34. 3: Sed si debitorem decem damnatus sit heres viginti liberare, . . scripsit . . nihilominus esse liberandum decem. Nam et si ei viginti accepto ferantur, in decem liberabitur.

Digitized by Google

näher bezeichnet sein, oder nicht[25]. Eine Klage kann mir hier gegen den Erben nicht zustehen. Der Erblasser wollte mich nur befreien, nicht den Erben verpflichten. War die Schuld vorhanden, aber noch bei Lebzeiten des Erblassers getilgt, z. B. indem er von mir das Geschuldete eintrieb, so wird das Vermächtniß unwirksam[26]. Dagegen steht

---

L. 75 § 2 D. de leg. I.: Quodsi addiderit: „decem, quae mihi Titius debet, lego (sc. Titio), sine dubio nihil erit in legato (sc. si Titius nihil debet). Nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest. Proinde et si „Titio decem, quae mihi Sejus debet", legavero, nullum erit legatum; esse enim debitor debet.

L. 25 pr. D. 34. 3: Legavi Titio quod mihi debetur, vel adjecta certa quantitate sive specie, vel non adjecta; aut ex contrario, aeque cum distinctione, veluti: „Titio, quod ei debeo", vel ita: „Titio centum, quae ei debeo". Quaero, an per omnia requirendum putes, an debitum sit? Et plenius puto, quae ad haec spectant, attingas; quotidiana enim sunt. Respondi: Si is, cui Titius debebat, debitum ei remittere voluit, nihil interest, heredem suum jussit, ut eum liberaret, an prohibeat eum exigere; utroque enim modo liberandus est debitor, et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio. Quodsi etiam centum aureorum vel fundi debiti mentionem fecit: si quidem debitor fuisse probetur, liberandus est; quodsi nihil debeat, poterit dici, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti quod comprehensum est posse. Sed poterit hoc dici, si ita legavit: „centum aureos, quos mihi debet", vel: „Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere"? Quodsi sic dixit: „heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet — damnas esto ei dare"; etiam illud tentari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adjecta: quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se testator existimaverit. Contra autem, si debitor creditori leget, nullam utilitatem video, si sine quantitate leget; sed et si id demonstret, quod debere se confitetur, nulla utilitas est, nisi in his speciebus, in quibus emolumentum debiti ampliatur. Quodsi centum aureos, quos se debere dixit, legaverit, si quidem debet, inutile est legatum; quodsi non fuit debitor, placuit, utile esse legatum; certa enim nummorum quantitas similis est Sticho legato cum demonstratione falsa, idque et D. Pius rescripsit, certa pecunia dotis acceptae nomine legata. (Mit dem Fragezeichen hinter dem Satze: sed poterit . . petere? und bei gehöriger Scheidung der Zweifelsätze von der Entscheidung macht diese Stelle keine Schwierigkeit, cf. Arndts ad Leg. 25 D. cit. und Wächter l. c. Vangerow S. 637—639.)

25) Cit. l. 75 § 2 D. de leg. I. Cit. l. 25 D. h. t. (cf. Anm. 24).

L. 13 D. 34. 3.

26) L. 7 § 4 D. eod.: Liberatio autem debitori legata ita demum effectum habet, si non fuerit exactum id a debitore, dum vivat testator; ceterum, si exactum est, evanescit legatum.

Digitized by Google

mir eine Rückforderung zu, wenn ich nach seinem Tode, von dem Vermächtniß nicht unterrichtet, die Schuld bezahlt habe[27].

7. Auch bloße Stundung, zeitweise Befreiung, kann durch Vermächtniß gewährt werden. Der Inhalt des Vermächtnisses besteht dann in dem Gewinne, den der Zahlungsaufschub gewährt (commodum repraesentationis)[28]; cit. § 13 i. f. I. 2. 20 in Anm. 19.

III. Legatum debiti. Hierdurch vermacht mir der Erblasser eine Sache, Summe oder Leistung, die er mir bereits schuldet.

1. Habe ich die Leistung bereits aus einer klagbaren Obligation zu fordern, so ist das Vermächtniß, in dem seinem Begriffe nach nothwendig eine Liberalität enthalten sein muß, als solches ungültig[29]. Nur als Anerkenntniß der Schuld kann es mir von Nutzen sein.

2. Ist dagegen für mich irgend ein Vortheil dabei, dann gilt es als Vermächtniß. Jedoch kann ich auch hier nicht weiter onerirt werden, als mein Vortheil reicht[30]. Ein solcher Vortheil kann für mich nun in verschiedener Weise begründet sein:

a. In einer Beschleunigung oder Gewißmachung der mir geschuldeten Summe, d. i. in einer Befreiung meiner Forderung von dies und conditio[31].

b. Stand meiner Klage eine Einrede entgegen, so ist sie durch

---

27) L. 26 § 7 D. 12. 6: . . si emtor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit, posse eum fundum condicere. Idemque et si debitorem suum damnaverit liberare et ille ignorans solverit.

28) L. 8 § 1 D. h. t.: Potest heres damnari, ut ad certum tempus non petat a debitore . . .

29) § 14 I. 2. 20: Ex contrario, si debitor creditori suo, quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quodsi in diem vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem.

L. 11 D. 34. 3: . . Respondit, quoties debitor creditori suo legaret, ita inutile esse legatum, si nihil interesset creditoris, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione . .

30) L. 2 pr. D. 33. 4.

31) L. 14 D. 34. 3: Idem est, et si in diem debitor fuit vel sub conditione (cf. l. 13 D. eod. in Anm. 32).

L. 29 D. de leg. I.: Sin autem neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco debitum differatur, inutile est legatum.

Cit. § 14 I. 2. 20 (cf. Anm. 29).

Digitized by Google

das Vermächtniß erlassen, d. h. gegen meine Klage aus dem Vermächtniß kann sie nicht vorgeschützt werden[32].

c. Auch eine dem Erblasser als Schuldner zustehende Alternative kann er zu meinen Gunsten aufgeben.

d. Jedenfalls gewinne ich ein gesetzliches Pfandrecht an dem Erbgut, während ich früher blos chirographarischer Gläubiger war; cit. l. 28 pr. D. de leg. I. in Anm. 32 (cf. § 98 Nr. C.).

3. Hat der Erblasser mir eine bestimmte Summe unter Benennung einer Schuld vermacht, die er mir in der That gar nicht schuldete, so ist dies im Zweifel ein gültiges Vermächtniß. Der Onerirte muß mir die Summe zahlen. Angenommen wird, daß der Testator die Verhältnisse recht gut kannte und seiner Zahlungsanordnung nur ein falsches Motiv unterschob. Die römischen Juristen sagen: Falsa demonstratio non perimit legatum[33]. Dem Onerirten bleibt der Beweis vorbehalten, daß der Erblasser sich irrte, und, hätte er nicht geirrt, mir nichts würde vermacht haben. Hat aber der Erblasser gesagt, er vermache mir, was er mir schulde und schuldete er mir nichts, so habe ich keinen Anspruch; cit. l. 75 § 1 D. de leg. I.

4. Angenommen, der Erblasser schuldete mir eine Summe von 1000 fl., für die er mir z. B. auch einen fundus verpfändete. Jetzt vermacht er mir einfach 1000 fl., oder auch jenen fundus. Ist dies ein legatum debiti? Im Zweifel nein. Ist mir nicht nachzuweisen,

---

32) L. 13 D. 34. 3: Si creditor debitori, qui se exceptione perpetua tueri poterat, legaverit, quod sibi deberet, nullius momenti legatum erit. At si idem debitor creditori legaverit, intelligendum erit, exceptionem eum remitti creditori voluisse.

L. 28 pr. D. de leg. I.: Si creditori meo tutus adversus eum exceptione id, quod ei debeo, legem, utile legatum est, quia remissa ei exceptio videtur, sicut Aristo ait, id, quod honoraria actione mihi debetur, si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.

33) L. 75 § 1 D. de leg. I.: Si mihi „quod Titius debet" fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum. Et quidem, si quantitas non sit adjecta, . . nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum. Nam et si „quod ego Titio debeo" ei legavero, quantitate non adjecta: constat, nullum esse legatum; quum si „decem, quae Titio debeo", legavero, nec quidquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum.

Const. 2 Cod. 6. 44: Etiam si veritas debiti non subest, falsa demonstratio non perimit legatum . . .

Cit. § 15 I. 2. 20 (cf. Anm. 38).

Digitized by Google

er habe damit die Schuld tilgen wollen, so klage ich auf mein Vermächtniß und daneben auf meine Forderung[34]. Nur wenn der Vater seiner Tochter eine dos schuldig geblieben ist, so muß sie sich ein von ihm erhaltenes Vermächtniß darauf abrechnen lassen[35].

5. Zahlt der Erblasser nach errichtetem legatum debiti selber die Schuld mir zurück, so ist mit der Schuld auch das Vermächtniß erloschen[36]. In andren Tilgungsfällen ist dies jedoch nicht anzunehmen, z. B. wenn mir ein Dritter freiwillig für ihn zahlt, noch weniger, wenn nur eine Einrede, z. B. die der Verjährung, gegen meine Forderung entsteht.

IV. In jeder der drei betrachteten Formen der Vermächtnisse an Forderungsrechten kann auch die dos als Vermächtniß vorkommen.

1. Als legatum nominis, wenn derjenige, der soluto matrimonio die dos zurückfordern kann, sein Forderungsrecht legando auf Dritte überträgt (cf. Arndts § 577 Nr. 5.).

2. Als liberatio legata, wenn derjenige, der das Rückforderungsrecht hat, es dem Ehemanne vermacht[37].

3. Als legatum debiti, wenn der Ehemann seiner Frau oder dem sonstigen Rückforderungsberechtigten die dos zurückvermacht oder Sachen oder Summen vermacht, „weil sie ihm dieselben zugebracht habe". Dies ist das praelegatum seu relegatum dotis[38].

a. Dies Vermächtniß bietet zwei Vortheile. Es fallen nämlich hinweg die Restitutionsfristen und etwaige Retentions-Einreden, ausgenommen die Retentions-Einrede wegen nothwendiger Impensen[39], da diese die dos ipso jure verringern.

---

34) L. 85 D. de leg. II.: Creditorem, cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi, pecuniam creditam petere; si voluntas testatoris, compensare volentis, evidenter non ostenderetur.
Const. 16 Cod. 6. 37.

35) L. 84 § 6 D. de leg. I.

36) Arg. l. 1 § 5 D. 33. 4 (cf. Anm. 41).

37) L. 11 D. 33. 4.

38) Dig. de dote praelegata (relegata) 33. 4.
§ 15 init. I. 2. 20: Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius est legatum, quam de dote actio.

39) L. 5 D. 33. 4: Dote relegata non est audiendus heres, si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre, vel ob impensas alias, quam quae ipso jure dotem minuunt . . .
L. 1 § 2—4 D. eod.

Digitized by Google

b. Dies Vermächtniß ist gültig, auch wenn der Mann gar keine dos erhalten hat, vorausgesetzt nur, daß er certa pecunia, oder certa corpora als dotal bezeichnet[40].

c. Zahlt der maritus testator, nach errichtetem Vermächtniß, selber die dos zurück, so ist das Vermächtniß erloschen[41].

4. In den Fällen sub Nr. 1 — 3. war die Rückgabe der dos Gegenstand des Vermächtnisses.

5. Die dos kann aber auch durch Vermächtniß an die Frau oder an den Mann constituirt werden. Dies ist das legatum dotis. Im letztren ist indirect stets zugleich für die Frau ein Vermächtniß enthalten. Kommt durch die Schuld des Mannes die Ehe nicht zu Stande, so kann die Frau für sich den Betrag der vermachten dos begehren[42]. Erstren Falls kann nur sie, der Mann nur mit ihrem Willen das Vermächtniß einfordern[43] (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 341. Arndts § 398 Anm. 3.).

III. Vom Universalvermächtniß.

Inst. de fideicommissariis hereditatibus (2. 23). Dig. ad Senatusconsultum Trebellianum (36. 1). Cod. ad Senatusconsultum Trebellianum (6. 49).

Donellus comm. lib. VIII. cap. 21. Haase, De vera vi fideicommissi universalis. Lips. 1805. Westphal Vermächt. Bd. II. cap. 18. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 120 ff. Mayer l. c. in Caput V. § 10—14. Heimbach im Rtsl. Bd. 4. S. 286—295.

§ 116.

A. Historische Einleitung.

Gaj. II. § 246—259. Ulp. fr. XXIV. § 25. XXV. § 11. 14—16. Paul. S. R. de S. C. Trebelliano IV. 2.

---

40) § 15 med. I. 2. 20: Sed si, quam non accepit, dotem legaverit, . . rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum, si vero certa pecunia vel certum corpus aut instrumentum dotis in praelegando demonstrata sunt, valere legatum.

L. 6 § 1 D. 33. 4: Item ei, quae dotem nullam habebat, vir ita legaverat: „quanta pecunia dotis nomine, et reliqua, pro ea quinquaginta heres dato"; deberi ei legatum . . retulerunt . . .

41) L. 1 § 5 D. eod.: Adeo autem dotis actionem continet dotis relegatio, ut, si vivus eam uxori, scilicet quibus licet casibus, solverit, cesset legatum.

42) L. 43 D. de leg. III.: Si filiae pater dotem arbitratu tutorum dari jussisset, Tubero perinde hoc habendum ait, ac si viri boni arbitratu legatum sit . .

L. 71 § 3 D. 35. 1.

43) L. 77 § 9 D. de leg. II.

Digitized by Google

Löhr im Magaz. f. Rew. u. Gesetzg. Bd. IV. S. 94. Marezoll in d. Gieß. Zeitschr. Bd. IX. S. 268 ff. Hasse im Rh. Museum Bd. III. S. 14. Arndts § 580. Puchta § 553. Brinz § 224. Sintenis § 219. Anm. 1. Böcking Erbr. III. B. § 156. Göschen § 1059—1065. Mayer § 10—13. Rothhirt Vermächt. Bd. I. S. 133 ff. Müller S. 688. Vangerow § 556. Wering S. 780—785. Keller § 588. Arndts im Rtsl. Bd. 6. S. 322. Heimbach im Rtsl. Bd. 4 S. 286—299.

Das Universalvermächtniß entsteht durch die Auflage an den Erben, die ganze Erbschaft oder eine Quote einem Dritten herauszugeben. Es heißt in den Quellen fideicommissum hereditatis, fideicommissaria hereditas; der Erbe, dem es auferlegt ist, wird heres fiduciarius, der Vermächtnißnehmer fideicommissarius, Universalvermächtnißnehmer genannt.

Die Fideicommisse wurden zur Kaiserzeit klagbar (cf. § 82 Nr. B.). Allein wenn dem Fideicommissar auch die ganze Erbschaft restituirt war, so war er doch nicht Universalsuccessor. Er galt als Legatar und wie ein Erbschaftskäufer. Universalsuccessor blieb der Fiduciar und dieser allein haftete auch nach der Restitution den Erbschaftsgläubigern und nur er konnte die Schuldner belangen.

Durch das S. C. Trebellianum unter Nero ward der Fideicommissar Universalsuccessor. Es bestimmte, daß alle Klagen activ und passiv auf den Fideicommissar zu seinem Antheil übergehen sollen. Hierdurch war der Fiduciar gesichert, indem er nämlich den Gläubigern nicht weiter haftete; nicht aber auch der Fideicommissar, weil möglicher Weise der Erbe, welcher Alles restituiren sollte, die Erbschaft ausschlug und damit das Fideicommiß ungültig machte. Deshalb verordnete unter Vespasian das S. C. Pegasianum:

A. Der Fideicommissar kann den Erben gerichtlich zur Antretung zwingen (cf. § 123).

B. Der Erbe, welcher freiwillig antritt, kann auch von diesen Fideicommissen die quarta Falcidia, wie von Legaten, abziehen. In diesem Puncte ward der Bedachte wieder als Legatar behandelt, d. h. nicht als Universalsuccessor. Das Letzte hat erst Justinian geändert. Nach ihm wird der Fideicommissar stets als spätrer Erbe, bez. Miterbe, behandelt, und zwar als ob ihm ex Trebelliano restituirt wäre. Deswegen haben die Compilatoren das Wort S. C. Pegasianum gestrichen und dafür Trebellianum gesetzt.

Hierüber und über die Ausgleichung zwischen legatum partitionis und fideicommissaria hereditas cf. § 82.

Digitized by Google

§ 117.

B. Anordnung.

Heise, De aliena heredit. restituenda. Gött. 1816. Hasse im Rhein. Mus. Bd. III. S. 500 ff. Pufendorff Observ. II. 80. Arndts § 580. 581. Puchta § 553. Brinz § 224. Sintenis § 219. Böcking Grdr. III. B. § 156. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 141. Göschen § 1059. Vering S. 785—786. Keller § 589.

I. Errichtet wird das Universalvermächtniß unter den allgemeinen Formen für Vermächtnisse, also durch Testament, Codicill oder Oralfideicommiß [1].

Sobald diese Form beachtet ist, gilt materiell jede Art der Willenserklärung, auch eine indirecte. Insbesondre wird es als Anordnung eines Universalvermächtnisses angesehen:

1. Wenn ich meinem Erben aufgebe, einen bestimmten Dritten zu seinem Erben einzusetzen oder demselben sonst sein Vermögen zuzuwenden [2], oder

2. zu Gunsten seiner Intestaterben kein Testament zu machen [3].

In beiden Fällen ist mein Erbe nicht gehindert, ein Testament zu machen und wen er will zu seinem Erben einzusetzen, aber meine Erbschaft muß er nach seinem Tode als Fideicommiß herausgeben im Falle Nr. 1. an die von mir bezeichnete Person, im Falle Nr. 2. an seine Intestaterben.

3. Wenn ich dem Erben aufgebe, mit einem Andren zu theilen oder Gemeinschaft zu halten, wobei freilich Bedingung ist, daß auch der Andre bereit sei, sein Gut gemeinschaftlich zu machen [4].

---

1) Cit. § 12 I. 2. 23 (cf. § 85 Anm. 14).

2) L. 17 pr. D. 36. 1: Ex facto tractatum est: an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat? Et Senatus censuit: rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat, non posse. Verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat, id est, quidquid ex hereditate sua consecutus est, ut ei restitueret.

Cf. l. 77 § 25 l. 88 § 16 D. de leg. II.

3) L. 74 pr. D. 36. 1: Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit et ita de filia sua caverat: „*Ἐντέλλομαι σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι*“ („Mando tibi non testari, donec liberi tibi sint“. Versio vulg.). Pronuntiavit Imperator: fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petiisset, ut fratrem suum heredem faceret. Sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.

Cf. l. 77 § 24 D. de leg. II.

4) L. 78 pr. D. 36. 1: . . Titius, quum haberet uxorem . . et ex ea filiam . . codicillis . . inseruit . . „Itaque rogo, quidquid aut ego

Digitized by Google

4. Wenn der Erbe sich mit bestimmten Vermögensgegenständen zum Vortheil der Miterben oder Intestaterben begnügen soll[5].

5. Wenn ich dem Erben zu Gunsten bestimmter andrer Personen verbiete, den Nachlaß oder einen Theil desselben zu veräußern[6].

II. Nur demjenigen kann ein Universalfideicommiß auferlegt werden, der selbst als Universalsuccessor zum Nachlaß des Vermächtnißgebers berufen ist, also

1. dem Erben, dem testamentarischen, wie dem Intestaterben[7];

2. dem, der gleich dem Erben unmittelbar in den Nachlaß succedirt[8];

3. dem Universalfideicommissar selber[9]. Dadurch entsteht ein fideicommissum successivum, wobei auch die nachfolgenden Fideicommissare heredis loco sind.

III. Auch die Codicillarclausel begründet das Universalvermächtniß, indem sie bewirkt, daß eine Erbeinsetzung eventuell als ein Universalvermächtniß aufrecht erhalten wird (cf. § 86 Nr. I.). Die Pupillarsubstitution in einem Codicill wird, auch ohne Codicillarclausel, als Universalvermächtniß aufrecht erhalten; cit. l. 76 D. 36. 1 (cf. § 43 Anm. 6.).

---

reliquero, aut vos ipsae habeatis, commune vobis sit" ... Filia intestati patris B. Pionem accepit. Quaesitum est: an aliqua pars hereditatis . . Titii ex causa fideicommissi a filia matri debeatur? Respondit, . . deberi, si etiam uxor parata sit, in commune bona sua conferre.

5) Cit. l. 69 pr. D. 36. 1 (cf. § 41 Anm. 11).

6) L. 114 § 14 D. de leg. I.: Qui testamento vetant aliquid alienari . ., si liberis . . aut aliis . . personis consulentes ejusmodi voluntatem significarent: eam servandam esse. Sed haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse. Nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur.

7) § 10 I. 2. 23: . . intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua pertinere intelligit, ut hereditatem suam totam partemve ejus . . alicui restituat.

8) L. 114 § 2 D. de leg. I.: Qui intestato decedit et scit, bona sua ad fiscum perventura vacantia, fidei fisci committere potest.

9) § 11 I. 2. 23: Eum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursum alii, aut totum aut pro parte . . restituat.

L. 1 § 8 D. 36. 1: De illo quaeritur: an is, cui ex causa fideic. restituta est hereditas ex Trebelliano S. Cto, ipse quoque, restituendo ex eodem S. Cto, transferat actiones? Et Julianus scribit, etiam ipsum transferre actiones.

Digitized by Google

IV. Gebe ich meinem Erben auf, die Erbschaft des B., die ihm anfallen wird, oder einen Theil derselben, dem C. zu restituiren, so ist dies ein Singularvermächtniß, nämlich an einer res aliena (mit der Besonderheit, daß diese res eine universitas ist), das nur Singularsuccession des C. in den Nachlaß des B. begründet. Dies Vermächtniß ist dadurch bedingt, daß mein Erbe die Erbschaft des B. wirklich erwirbt, was in seinem Willen liegt. Erwirbt er sie und tritt er auch meine Erbschaft an, so erwirbt C. dadurch gegen ihn quasi ex contractu die Forderung, daß er den Inhalt der Erbschaft des B. ihm übertrage: ganz ebenso, wie wenn mein Erbe dem C. die Erbschaft etwa verkauft hätte[10].

Gebe ich jedoch meinem Erben auf, die Erbschaft des B., die mir bereits angefallen ist, oder noch anfallen wird, an den C. zu restituiren, so behandelt man dies analog dem Fideicommiß eines aliquoten Theils meiner eignen Erbschaft[11].

---

10) L. 27 § 9 D. 36. 1: . . si Maevius te heredem instituerit et rogaverit, ut hereditatem Titii restituas, tuque hereditatem Maevii adieris: perinde a te fideicommissum petetur, ac si fundum, qui tibi a Titio legatus esset, restituere rogatus fuisses. Ideoque et si suspectam Maevii hereditatem dixeris, cogi te non oportet eam adire. § 10. Quodsi Maevius te rogaverit, et suam hereditatem et Titianam restituere . .: si suspectam Maevianam hereditatem dixeris, cogeris eam adire et restituere ei, cui rogatus fueris. Is autem, cui Titianam hereditatem restituere rogatus fueris, non poterit te compellere ad adeundum.

L. 76 § 1 D. de leg. I.: . . „Sempronio lego omnem hereditatem . . Maevii". Sempronius ea demum onera suscipiet, quae Maevianae hereditatis fuerunt, et in diem mortis ejus, qui heres Maevii extitit, perseveraverunt. Sicut vice mutua praestabuntur actiones, quae praestari potuerunt.

Const. 14 Cod. 6. 24.

11) L. 16 § 5 D. 36. 1: Sed et si quis non hereditatis suae partem dimidiam rogavit heredem suum restituere, sed hereditatem Sejae, quae ad eum pervenerat . ., heresque institutus suspectam dicat: — quum placeat illud, quod Papinianus ait, ex Trebelliano transire actiones — dici poterit, si suspecta dicatur hereditas, cogendum heredem institutum, adire et restituere hereditatem, totamque hereditatem ad eum, cui restituitur, pertinere.

L. 29 § 2 D. de leg. III.: . . „Quanta pecunia ex hereditate Titii ad me pervenit, tantam pecuniam heres meus Sejae dato". Id legatum putat Labeo, quod acceptum in tabulis suis ex ea hereditate testator retulisset. Ceterum negat cavendum heredi a legatario, si quid postea forte ejus hereditatis nomine heres damnatus esset. Ego contra puto, quia non potest videri pervenisse ad heredem, quod ejus hereditatis nomine praestiturus esset.

Digitized by Google

§ 118.

C. Object.

Nov. 108.

Marezoll, Ueber den Anspruch des fideicommissarischen Erben auf die dem Fiduciare accrescirende Erbportion in der Gieß. Zeitschr. Bd. VI. Nr. 10. Roßhirt in s. Zeitschr. Bd. VI. S. 224 ff. Mommsen, Erörterungen aus d. Obligationenrecht. Heft 1. S. 68 ff. Reichardt, De fideic. ejus, quod superfuturum erit. Jenae 1785. Hagemann, Pract. Erört. V. 50: „Ueber die dem Fiduciar-Erben auferlegte Restitution Dessen, was zur Zeit seines Todes übrig sein wird". Böhmer Rechtsfälle Bd. II. Nr. 129. Marezoll in Löhr's Magazin. Bd. IV. Nr. 11. 10. Hoffmann in der Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. I. Nr. 3. Arndts § 583. Puchta § 556. Brinz § 224. Sintenis § 220. Holzschuher S. 963. Böcking Erbr. III. B. § 156. § 158. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 154 ff. Vangerow § 494. Bering S. 792. 794. Keller § 589. Heimbach im Rtsl. l. c. S. 291.

Gegenstand des Universalvermächtnisses ist der gesammte Nachlaß oder eine Quote desselben. Ueber die Frage, was im Einzelnen der Bedachte erhält, entscheidet mehr der Wille des Erblassers, als feste Regeln.

A. Wenn der Testator z. B. sagte: „Der Erbe soll seinen Erbtheil dem X. restituiren", so bekommt im Zweifel dieser nur, was der Erbe jure hereditario erworben hat, nicht etwaige Vermächtnisse, die er bekommen hat, selbst nicht Universalfideicommisse[1]. Sind dem Erben auch Prälegate zugetheilt, so ist zu seinem Erbtheil auch der Theil des Prälegats zu zählen, den er sich selbst auszahlen müßte (cf. § 84 Nr. II. A. 1), nicht aber der Theil, den er von den Miterben

---

1) L. 96 D. de leg. III.: Si Titius, ex parte heres, rogatus sit, Maevio hereditatem restituere, et rursus Titio coheres ejus rogatus sit, partem suam aut partis partem restituere: an hanc quoque partem, quam a coherede ex fideicommisso recepit, restituere Maevio debeat? . . rescripsit, non debere restituere, quia hereditatis appellatione neque legata, neque fideic. continentur.

L. 59 § 1 i. f. D. 36. 1: . . quam non esse restituendam puto, quia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto accepit, nec occasione hereditatis, sed errore ex pacto eam habuit.

L. 62 pr. D. eod.: . . , quaeritur, defuncta ea in matrimonio superstite filia, an heres ejus cum parte hereditatis, ejus quoque, quod dotis nomine datum erat, partem restituere debeat. Respondit, id, quod in dotem fuisset, non contineri in partem hereditatis, quae restituenda est . . .

L. 44 § 4 D. 35. 1: Quum hereditas ex S. C. Trebelliano restituta est, heredi dandum est, ut impleatur conditio, nec hoc restituendum est ex causa fideicommissi.

Digitized by Google

bezahlt bekommt[2]. Der Erbe muß jedoch in solchen Fällen Alles restituiren, wenn der Testator es ausdrücklich bestimmt hat[3]. Der Wille des Erblassers kann aber auch den Gegenstand der Restitution noch mehr beschränken, z. B. gewisse Vermögensgegenstände vorbehalten[4].

B. Die Früchte der Erbschaft, welche noch vor der Antretung gezogen sind, werden mit zur Erbschaft gerechnet, so daß der Fideicommissar, dem ein Theil der Erbschaft zufällt, auch davon einen Theil bekommt[5]. Außerdem hat er auf Früchte oder Zinsen erst von Zeit der mora des Erben Anspruch[6].

C. Ist vom Testator über eine etwa vacant werdende Portion nicht verfügt und dem Erben nur die Restitution seines Erbtheils aufgelegt, so behält derselbe auch die ihm anwachsende Portion[7] (cf. Vering S. 794 Anm. 5.).

---

2) L. 18 § 3 D. 36. 1: Si legatum sit heredi relictum et rogatus sit, portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit. Ceterum quod a semetipso ei relictum sit, in fideicommissum cadit . .

3) L. 3 § 4 D. 36. 1: Res, quae ab herede alienatae sunt, in quartam imputantur heredi.

Const. 16 Cod. 6. 42: . . etiam legata hujusmodi fideicommisso contineri. Id est: ubi heres rogatus fuerit, quidquid ex hereditate pervenerit, post mortem restituere: animadvertimus, etiam praeceptionis compendium testatoris verbis comprehensum esse.

Cit. l. 18 pr. i. f. D. h. t. (cf. Anm. 6).

4) § 9 I. 2. 23.

5) L. 27 § 1 D. 36. 1: . . fructus ante aditam hereditatem in restitutionem venient (cf. § 123 Anm 7).

6) L. 18 pr. D. 36. 1: In fideicommissaria hereditatis restitutione constat, non venire fructus, nisi ex mora . ., aut quum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere. § 2. Quoties quis rogatur, hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis: fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto feruntur.

L. 44 § 1 D. eod.: . . nec fructus fideicommissarium sequitur, si mora non intercessit.

7) § 3 I. 2. 23: Restituta hereditate is, qui restituit, nihilominus heres permanet . .

Arg. l. 43 D. 36. 1: Papinianus tractat: si quis, heres institutus ex semisse, rogatus sit restituere hereditatem, et, eam suspectam dicens, compulsus adiit, deinde fideicommissarius ignarus sit, accrevisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi: an opus sit ei alia actione? Et ait, securum esse eum posse. De illo plane loco quaerendum ait: an ei opus sit nova restitutione, posteaquam portio accrevit.

Digitized by Google

D. Beim fideicommissum ejus, quod superfuturum erit, d. i. wenn bestimmt ist, daß der Fideicommissar die Erbschaft haben soll, so viel noch davon übrig sein wird, bekam nach den Pandecten der Fideicommissar das, was eben übrig geblieben war. Nur wenn der Erbe mala fide die Erbschaft angegriffen oder callide auf Dritte Sachen übertragen hatte, so konnte der Fideicommissar dies erstattet verlangen[8]. Justinian verordnete bestimmter: Der Bedachte bekommt Alles, was übrig ist, hat aber ein Recht auf mindestens ¼ der Erbschaft. Der Erbe darf also ¾ verzehren, jedoch über nichts auf den Todesfall verfügen, auch nichts inter vivos verschenken. Im Falle der Noth und zum Loskauf von Gefangenen darf er sogar das ¼ des Bedachten angreifen. Für dies ¼ ist dem Bedachten ein gesetzliches Pfandrecht an der ganzen Erbschaft gegeben[9].

E. Der Fiduciar braucht niemals herauszugeben, was der Erblasser ihm nicht entziehen kann, sei dies wegen einer allgemeinen Rechtsbestimmung, wie den Pflichttheil, die Quarta divi Pii, die der Frau zukommende dos u. dgl.[10], oder wegen besondrer Rechtsgründe, wie das debitum legatum. L. 96 D. de leg. III. L. 18 § 3 D. 36. 1 cit. in Anm. 1. 2.

---

8) L. 51 pr. D. eod.: Titius rogatus est, quod ex hereditate superfuisset, Maevio restituere. Quod medio tempore alienatum vel deminutum est, ita quandoque peti non poterit, si non intervertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur. Verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat . . .

9) Nov. 108 cap. 1: . . sin vero tale sit fideicommissum, quale subjacet, et „ea, quae inveniuntur seu remanent in tempore mortis" . . . Heredi . . supersint tres partes; illi autem quartae solius relinquatur ratio. Non enim concedimus ei, qui gravatus est, etiam donationibus uti aliquibus, et forsan ex studio (quod Papinianus dicebat intervertendi fideicommissi causa), ut etiam quarta minuatur institutionis ejus; sed hoc omnino relinquere fideicommissum. Aliis omnibus in ejus potestate positis. Et licentiam habere eum, his sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis competit. Si vero et ipsam quartam is, qui gravatus est, contingat, necessarium est perscrutari causam, secundum quam hoc egit. Et si quidem aut dotem voluerit dare aut sponsalitiam largitatem, aliam non habens substantiam, oportet ei hoc permitti agere . . Si vero et in captivorum redemtionem . ., et hoc licentiam eum habere facere . . .

10) L. 77 § 12 D. de leg. III.: Dos praelegata retinebitur, quoniam reddi potius videtur, quam dari.

L. 37 pr. D. eod.

Digitized by Google

§ 119.

D. Erwerb.

Arndts § 582. Puchta § 554. 555. Brinz § 224. Sintenis § 219 Nr. II. Böcking Erbr. III. B. § 157. 159. Göschen § 1066. 1068. Roßhirt Vermächt. Bd. II. S. 200. Vangerow § 558. Vering S. 786—787. Keller § 590. Heimbach im Rtsl. l. c. S. 289—290 (cf. die zu § 95 cit. Schriftsteller).

Die Erwerbung eines Universalvermächtnisses beruht ganz auf den Grundsätzen der Vermächtnisse.

A. Auch das Universalfideicommiß erwirbt der Vermächtnißnehmer ganz von selbst an dem zu § 95 Nr. B. angeführten Zeitpuncte; und es gilt auch hier ganz das zu § 95 Nr. A. Ausgeführte. Um ein auf die Erben transmissibles Recht an demselben zu erwerben, muß der Bedachte nur die cessio diei erleben[1]. Auch beim Universalvermächtniß kann der Bedachte bei noch nicht fälligem oder bedingtem Vermächtniß vom Erben die cautio legatorum fordern[2].

B. Das Eigenthum aber der im Universalvermächtniß enthaltenen Sachen und die Forderungen und Schulden des Erblassers gehen erst dadurch auf den Universalvermächtnißnehmer über, daß der Erbe ihm das Universalfideicommiß restituirt, d. h. erklärt: „er restituire ihm das Vermächtniß“[3]. Verpflichtet ist er hierzu an dem vom Erb-

1) L. 25 pr. D. 36. 1: . . „A te, heres, peto fideique tuae committo, ut, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, filio meo primo quoque die, aut, si prius quid ei acciderit, matri ejus des reddas“. Quaeritur, quum, antequam adeatur hereditas, puer decesserit: an fideicommissum matri debeatur? Respondi, si puer, antequam dies fideicommissi cedat, decessisset, fideic. translatum esse ad matrem, postea autem quam dies fideic. cedit, si decesserit, ad heredem pueri fideicommissum pertinere . . .

L. 46 D. eod. Const. 21 Cod. 6. 42.

2) Const. 4 Cod. 6. 54: Quum Artemidoram patri pupillorum tuorum heredem extitisse proponas; quamvis, ut fideicommissam hereditatem his, quum moreretur, restitueret, petita sit: nullam tamen adversus debitores hereditarios habent pupilli tui actionem. Plane ut satis fideicommissorum nomine Artemidora det, si modo testator id fieri non prohibuerit, apud suum judicem conveni.

3) L. 37 pr. D. 36. 1: Restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias, vel totas, vel aliquas earum, hac mente ut vellet restituere et ille suscipere . . Sed et si verbo dixit, „se restituere“, vel per epistolam vel per nuntium restituat, audietur. Sed et si voluntate tua alii restituerit, in te transibunt actiones. Item si alius jussu meo restituit, vel ratam habuit restitutionem, transiisse actiones videntur.

Digitized by Google

lasser festgesetzten, eventuell an dem zu § 95 Nr. C. bemerkten Zeitpuncte.

Oft ist der dies veniens, also die Geltendmachung des Anspruches auf Herausgabe der Erbschaft oder des Erbtheils bis zum Tode des Fiduciars hinausgeschoben und es ist dies namentlich auch dann der Fall, wenn die Zeit der Restitution in den Willen des Fiduciars gestellt ist und derselbe nicht schon aus freien Stücken früher restituirt[4].

Diese Erklärung kann mündlich, schriftlich oder auch stillschweigend geschehen, z. B. dadurch, daß der Erbe den Fideicommissar Besitz ergreifen läßt. L. 37 pr. D. h. t. cit. Die Restitution kann auch an einen Bevollmächtigten des Fideicommissars geschehen[5]. Um die Erklärung zu erzwingen hat der Bedachte eine petitio fideicommissi.

Nach Justinian bedarf es keiner Restitution:

1. wenn der Fiduciar dem Gerichte sich nicht stellt,
2. wenn er verstirbt ohne Erben,
3. wenn ein Fideicommissar die Erbschaft weiter restituiren soll[6].

§ 120.

E. Wirkungen der Restitution.

Nov. 39 cap. 1.

Hoffmann, Ueber das Recht des Fiduciars und des Fideicommissars an den Früchten einer mit einem Universalfideicommiß belasteten Erbschaft in d. Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. I. Nr. 3. Zimmern, Ob aus einer zu restituirenden hereditas veräußert werden dürfe? im civil. Arch. Bd. 8. 7. Nr. 2. Löhr, Ist Derjenige, dem ein fideicommissum hereditatis auf-

---

4) L. 41 § 13 D. de leg. III.: Scaevola respondit: quum heres scriptus rogatus esset, quum volet, alii restituere hereditatem, interim non est compellendus ad fideicommissum. Claudius: post mortem enim utique creditur datum.

5) L. 40 § 2 D. 36. 1: Nihil interest, cui nostro nomine restituitur, paterfamilias sit, an is, qui in aliena potestate est, l. 41 mulier, an masculus. Et ideo servo quoque voluntate nostra, vel si ratum habuerimus, restitui potest, l. 42 quia perinde est, atque si mihi restituta esset hereditas.

L. 66 § 1 D. eod.

6) Const. 7 § 1 Cod. 6. 49: Quum autem aliquis hereditatem restituere jussus est, et dolo malo, vel post litem contestatam vel antea, sese contumaciter celaverit, vel si . ., antequam restitueret hereditatem, ab hac luce subtractus est, nullo herede . . existente, vel fideicommissarius, cui ex S. C. Trebell. hereditas restituta est, alii per fideic. restituere jussus fuerit res hereditarias: quemadmodum actionum translatio celebretur in tribus istis casibus? . . dubitabatur . . Sancimus . . ut ipso jure utiles actiones transferantur.

Digitized by Google

gelegt worden, zu veräußern berechtigt? im Magaz. f. Rew. u. Gesgg. Bd. IV. Nr. 1. S. 96 ff. Marezoll Nov. 39. das. Bd. IV. 11. Nr. 10. Seuffert, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Universalfideicommisses. München 1854. Arndts § 585. Puchta § 557. Sintenis § 219. Brinz § 224. Böcking Erbr. III. B. § 158. 161. Holzschuher S. 960. 961. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 202 ff. Mayer § 12. Göschen § 1067. 1072. Bering S. 791—792. Keller § 590. Heimbach im Rtsl. l. c. S. 292—294.

I. Bis zur Restitution ist der Fiduciar alleiniger Repräsentant der Erbschaft. Er vertritt den Erblasser, wie ein andrer Erbe, klagt und wird verklagt[1] in Nachlaßangelegenheiten. So lange er nicht in Verzug geräth, bezieht er die Vortheile des Nachlasses[2].

1. Er darf aber inzwischen die der Restitution unterworfenen Sachen nicht veräußern[3], ausgenommen:

a. Wenn es nothwendig ist, namentlich um Erbschaftsschulden zu zahlen, Vermächtnisse zu entrichten[4], oder das Vermögen zu erhalten, z. B. weil die Sachen sich nicht aufbewahren lassen. An deren Stelle tritt sodann der dafür erhaltene Preis[5].

b. Wenn der Testator es ausdrücklich erlaubte. L. 70 § 3 D. de leg. II. cit.

---

1) L. 27 § 7 D. 36. 1: Qui ex Trebell. S. Cto hereditatem restituit, sive petat a debitoribus hereditariis, sive ab eo petatur, exceptione restitutae hereditatis adjuvari vel summoveri potest . . Sed antequam restitueretur hereditas, exceptione aliqua heres adjuvandus non est.

L. 36 D. eod.: Quum hereditas ex fideic. causa restituta est, si ante cum herede compromissum est, puto fideicommissarium cavere debere heredi, sicut quum heres multa, antequam restitueret, administravit . .

L. 104 D. 46. 3: Ante restitutam hereditatem solutiones et liberationes factae ab herede, ratae habebuntur.

L. 73 pr. D. 36. 1.

2) L. 83 pr. D. de leg. III.: . . „quidquid ex hereditate bonisve meis ad te pervenerit, quum morieris, restituas", fructus, quos heres vivus percepit, item quae fructuum vice sunt, non venire placuisse . . .

Cit. l. 18 pr. D. h. t. (cf. § 118 Anm. 6).

3) Cit. const. 3 § 2. 3 Cod. 6. 43 (cf. § 96 Anm. 2. 4).

4) L. 38 pr. D. de leg. III.: . . Idem quaesiit, quum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emtores, qui fideic. ignoraverunt, bene emerint? Respondi, . . recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset.

Cf. l. 114 § 14 D. de leg. I.

5) L. 70 § 3 D. de leg. II.: Quum autem rogatus „quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere", de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur; l. 71 sed, quod inde comparatum est, vice permutati dominii restitueretur.

Digitized by Google

c. Wenn der Fideicommissar zugestimmt hat[6].

d. Wenn ein Descendent des Testators sonst nicht im Stande ist, eine dos oder donatio propter nuptias für sich zu bestellen[7].

2. Der Fiduciar haftet bei der Bewirthschaftung für dolus und lata culpa. Hat er nur einen Theil des Nachlasses zu restituiren, für diligentia quam suis rebus[8]. Nach eingetretenem Verzuge für allen Schaden, namentlich auch für den Ersatz aller Früchte[9]. Dagegen kann er Ersatz seiner Verwendungen verlangen[10].

II. Nach geschehener Restitution wird der Universalfideicommissar als Erbe behandelt, heredis loco est. Durch die Restitution wird für ihn eine wahre Universalsuccession begründet; cit. § 3. 4. 7 I. 2. 23 (cf. § 82 Anm. 19. 21). Alle Activa und Passiva des Nachlasses gehen nun sofort auf ihn zu der Quote über, die sein Vermächtniß beträgt.

1. Hat der Erbe cum beneficio inventarii angetreten, so kommt ihm dies den Erbschaftsgläubigern gegenüber zu Statten.

2. Zu seiner Quote wird er ipso jure Eigenthümer an allen einzelnen Sachen des Erblassers, wie der Erbe durch die Antretung, auch wenn er den Besitz noch nicht hat[11].

3. Ebenso gehen alle Klagen und Forderungen ipso jure pro rata auf ihn über[12], cit. § 7 I. 2. 23 (cf. § 82 Anm. 21), selbst aus

---

6) Const. 11 Cod. 6. 42: Quotiens ab omnibus, qui, alienatione facta, ad fideic. petitionem adspirare possunt, venditio celebratur, aut, quibusdam vendentibus, alii consenserint: contractus auctoritas convelli nequaquam potest.

7) L. 22 § 4 D. 36. 1. Nov. 39 cap. 1.

8) L. 22 § 3 D. 36. 1: . . si quis rogetur restituere hereditatem . ., culpae plane reddere rationem, sed ejus, quae dolo proxima est . . Si, quum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia: hujusmodi rei rationem reddet.

9) Cit. l. 27 § 1 D. 36. 1 (cf. § 123 Anm. 7). L. 18 pr. § 2 D. eod. L. 44 § 1 D. eod. (cf. § 118 Anm. 6).

10) L. 22 § 3 D. h. t.: Sed et ipse, si quem sumtum fecit in res hereditarias, detrahet . .

L. 19 § 2 D. eod.

11) L. 63 pr. D. 36. 1: Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.

12) L. 27 § 7 D. eod.: . . actiones . . fideicommissario competunt, quas habuit heres eo tempore, quo fideic. restituebat . . .

Cit. § 7 I. 2. 23: . . Si totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competunt . .

Digitized by Google

einer naturalis obligatio; desgl. alle onera hereditaria, Schulden und Vermächtnisse[13]. Zu dem betr. Antheil tritt zugleich der Erbe den Erbschaftsgläubigern gegenüber ex obligatione. Er hat die exceptio restitutae hereditatis[14].

a. Sind dem Erben nur einzelne Sachen vorbehalten und restituirt er das Uebrige, so können ihn die Gläubiger gar nicht mehr belangen. Er hat keine Quote mehr zu vertreten[15].

b. Gegen Dritte, welche Nachlaßgegenstände pro herede vel pro possessore besitzen, hat der Universalfideicommissar die hereditatis petitio fideicommissaria[16].

4. Hat der Fiduciar theilweise restituirt, so gilt er als Miterbe des Fideicommissars. Unter ihnen, ebenso unter dem letztren und anderen Miterben, und auch unter mehren Universalfideicommissaren kann daher auch die actio familiae erciscundae Statt finden[17]. Hat aber der Fiduciar seinen ganzen Erbtheil restituirt und nur durch Vorbehalt oder auf eine andere Weise seine Quart vollständig bekommen, so tritt der Fideicommissar als Universalsuccessor ganz an seine Stelle und der Fiduciar ist rücksichtlich des Empfangenen wie ein Vermächtnißnehmer anzusehen[18].

---

13) Const. 2 Cod. 6. 49: Ad eum, cui . . pars hereditatis restituitur, successionis onera seu legatorum praestationem pro competenti portione spectare, indubitati juris est.

14) Const. 1 Cod. 6. 49: Si ex S. C. Trebell. quartam partem hereditatis retinuisti et dodrantem fideicommissario restituisti: quod creditoribus hereditariis pro novem unciis praestiteris, a fideicommissario petere potes.

Cit. l. 27 § 7 D. h. t. (cf. Anm. 1).

15) L. 30 § 3 D. 36. 1: Multum interest, utrum qua pars jure hereditario retineatur, an vero in re vel pecunia. Nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem et fideicommissarium, posteriore vero apud fideic. sunt actiones.

L. 1 § 21 D. eod.: . . si is, qui 400 in bonis habeat, 300 legasset et, deductis 100, rogasset heredem, ut hereditatem Sempronio restituat: debere dici, deductis 100 restituta hereditate, legatorum actionem in fideicommissarium dari.

16) Dig. de fideic. heredit. petitione 5. 6.

17) L. 24 § 1 D. 10. 2: Famil. ercisc. judicium . . et inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebell. S. Cto, . . locum habet.

L. 40 D. eod.

18) § 9 I. 2. 23: Si quis, una aliqua re deducta sive praecepta, quae quartam continet . ., veluti fundo vel alia re, rogatus sit restituere here-

Digitized by Google

5. Wenn der Fiduciar selbst Gläubiger oder Schuldner der Erbschaft ist, so ist durch seine Antretung die Klage aus seiner Forderung erloschen. Wenn er später die Erbschaft herausgeben muß, so wird zwar nicht angenommen, daß die einmal erloschene Klage wieder auflebe, cit. l. 58 pr. D. in Anm. 20, allein die Forderung gehörte mit zur Erbschaft und muß daher bei der Restitution mit berechnet werden. War der Erbe Gläubiger der Erbschaft, so muß der Universalfideicommissar einen Theil der Schuld übernehmen und der Erbe kann in soweit compensiren oder ein Retentionsrecht üben oder auch das zu viel Gezahlte als indebitum zurückfordern[19]. War er Schuldner der Erbschaft, welche er jetzt restituirt, so muß er auch seine Schuld an den Fideicommissar zu dessen Antheil bezahlen. Hierauf geht die petitio fideicommissi[20].

---

ditatem: simili modo ex Trebelliano restitutio fiat, perinde ac si quarta parte retenta rogatus esset, reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est quum deducta sive praecepta aliqua re restituitur hereditas, in solidum .. actiones transferuntur et res, quae remanet apud heredem, sine ullo onere hereditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero vero casu, id est quum quarta parte retenta rogatus est heres restituere hereditatem et restituit, scinduntur actiones, et pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante remanent apud heredem. Quin etiam licet una aliqua re deducta aut praecepta restituere aliquis hereditatem rogatus est, qua maxima pars hereditatis contineatur, aeque in solidum transferuntur actiones. Sed et si certa summa deducta praeceptave, quae quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet, rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est.

L. 63 § 3 D. 36. 1: Si quis majorem partem restituerit, quam rogatus est, in eam partem, quae excedit, non transferuntur actiones. Sed quum praecepta aliqua re . . rogatus sit restituere et omissa retentione totam hereditatem restituerit, recte dicitur, transferri actiones.

19) L. 44 pr. D. 36. 1: . . Potest . . evenire, ut restitutionem distulerit heres, veluti si pecuniam ei debuerit defunctus, quam retinere maluit quam petere.

L. 39 D. 12. 6: Si quis, quum a fideicommissario sibi cavere poterat, non caverit: quasi indebitum plus debito solutum eum repetere posse, . . rescripserunt.

20) L. 27 § 11 D. 36. 1: Si ex Trebell. hereditatem restituit heres, et fructus praediorum retinet, . . sive etiam debitor ejus, qui testamentum fecit, fuerit: necessarium est, actionem adversus eum fideicommissario dari . .

L. 58 pr. D. eod.: Deducta parte quarta restituere rogatus hereditatem, priusquam restitueret, hereditario debitori heres extitit, quoniam actio, eo confusa, per Trebellianam redintegrari non potest, pecuniae quoque debitae dodrans ex causa fideicommissi petetur.

Digitized by Google

6. Restituirt der Fiduciar mehr, als der Erblasser angeordnet hat, so ist dies bezüglich des Ueberschusses einer gewöhnlichen Veräußerung der Erbschaft gleich zu achten. L. 63 § 3 D. cit. in Anm. 18. Auch die vor der Zeit erfolgte Restitution hat vorerst nicht die regelmäßige Wirkung, erlangt sie aber und zwar rückwirkend, wenn der Restituent nach Eintritt der Restitutionszeit die vollzogene Restitution genehmigt[21].

7. Obgleich nach dem Ausgeführten der Universalvermächtnißnehmer nach der Restitution heredis loco ist, so ist er doch immer noch von einem Erben verschieden. Neben seiner wirklichen universalen Succession gelten für ihn noch immer die Vermächtnißgrundsätze. Hieraus folgt:

a. Das zu § 82 Nr. II. 1—4. Bemerkte.

b. Das im § 119 über den Erwerb Gesagte.

c. Ist dem Universalvermächtnißnehmer selber die weitre Herausgabe seines Vermächtnisses an einen Dritten ganz oder theilweise auferlegt, oder er mit Singularvermächtnissen beschwert, so hat er kein Recht auf die Quart[22] (cf. § 102 Nr. I. B.).

d. Zwischen Miterben findet ein jus accrescendi Statt, wenn sie auch nicht re conjuncti sind (cf. § 59). Zwischen Universalvermächtnißnehmern aber nur, wenn sie mit einander zu demselben Vermächtniß ohne Ausscheidung besondrer Quoten berufen, wenn sie re conjuncti sind auf die zu § 97 bemerkte Weise[23].

---

21) L. 10 D. 36. 1: . . si ante diem vel ante conditionem restituta sit hereditas: non transferuntur actiones; quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. Plane posteaquam extiterit conditio vel dies venerit, si ratam habeat restitutionem hereditatis, benignius est intelligi, tunc translatas videri actiones.

22) L. 22 § 5 D. 36. 1: Ut Trebelliano locus esset, non sufficit de hereditate rogatum esse, sed quasi heredem rogari oportet. Denique si cui portio hereditatis fuerit legata — legari enim posse etiam portionem hereditatis placet nobis — rogatusque fuerit hanc partem restituere, dubio procul non fiet restitutio ex S. Cto, ideoque nec quarta retinetur.

L. 55 § 2 D. eod.: Quartam . . Falcidiae jure fideicommissarius retinere non potuit . .

23) L. 78 § 10 D. 36. 1: . . „Si Titius maritus meus heres erit . ., fidei ejus committo: quidquid ex hereditate mea ad eum pervenerit, quum mori coeperit, det restituat Cajo, filio nostro; ita tamen, ut decem . . uncias Cajus habeat, duas autem uncias Sejus nepos habeat" . . pater . . nepotem amisit et superstite filio decessit. Quaesitum est:

Digitized by Google

e. Ein Universalvermächtniß fällt in der Regel aus demselben Grunde zusammen, aus dem ein Vermächtniß überhaupt. Namentlich aber kann es vom Erblasser ohne alle Form widerrufen werden u. s. w. Es gilt hier das zu § 89—94 Ausgeführte, jedoch mit zwei Milderungen:

α. Ist der Fiduciar nach dem Erblasser gestorben, ohne die Erbschaft erworben zu haben und ohne daß ein Andrer durch Transmission an seine Stelle tritt, so kann der Fideicommissar dennoch anstatt des Fiduciars die Erbschaft erlangen[24].

β. Will der mit einem Universalvermächtniß belastete Erbe die Erbschaft nicht antreten, wodurch das Vermächtniß zusammen fallen würde, so kann der Universalvermächtnißnehmer ihn gerichtlich zur Antretung zwingen. D. h. soviel: Das Gericht hat zu erklären, es solle so sein, als ob jener die Erbschaft angetreten hätte und es geht dann sein Erbtheil mit allen Activis und Passivis unmittelbar auf den Universalvermächtnißnehmer über und zwar ohne Abzug der Quart (cf. § 123).

§ 121.

F. Quarta Trebellianica.

Lindelof, Interpret. der l. 86 D. 35. 2, const. 24 Cod. 3. 36 und der l. 91 D. 35. 2, oder Erörterung der Controverse: ob die sogen. Quarta Trebell. etwas anderes ist, als die Falcidia, angewandt auf Universalfideicommisse? im civil. Arch. Bd. IV. Nr. 30. Seuffert's Arch. Bd. II. Nr. 207. III. Nr. 353. IV. Nr. 67. Arndts § 584. Puchta § 557. Brinz § 224. Sintenis § 215. Böcking Grdr. III. B. § 161. 162. Neuner, Instit. ex re certa. S. 94 ff. S. 107 ff. Mayer S. 39 ff. Seuffert § 643. Anm. 5. Göschen § 1069. Vangerow § 536. Bering S. 796—797. Keller § 590. Heimbach im Rtsl. l. c. S. 291—292.

Das S. C. Pegasianum bestimmte, der Erbe könne dem Universalfideicommissar gleich einem Legatar die Quarta Falcidia abziehen; cit. § 5 I. 2. 23 (cf. § 82 Anm. 20). Nach dem Vorgange des

---

an priore parte scripturae universa hereditas matris ex causa fideic. filio debeatur? et illa sequentia verba: „ita tamen, ut decem uncias filius, duas autem nepos habeat", ex voluntate defunctae ita demum locum haberent, si die fideicommissi cedente filius et nepos eorum in natura essent, quum autem non supervixit ad diem fideic. nepos, sequens scriptura cesset? Respondit: ea, quae proponerentur, ostendere, decem duntaxat uncias filio datas.

24) Arg. cit. l. 14 D. 29. 1 (cf. § 123 Anm. 3).
Cit. const. 7 § 1 Cod. 6. 49 (cf. § 119 Anm. 6).

Digitized by Google

Canonischen Rechts nennt man die Quart hier Trebellianica: während sie in den Quellen auch hier Quarta Falcidia heißt[1].

Justinian's Bestimmung, der Testator könne den Abzug der Quart verbieten, trifft ausdrücklich auch die Universalvermächtnisse. Die Grundsätze sind dieselben, wie bei Singularvermächtnissen (cf. namentlich Vangerow S. 561—577); nur mit einigen Besonderheiten, die aus der Natur der Universalvermächtnisse folgen.

1. Nur der Erbe hat ein Recht auf die Quart, nicht auch der Universalvermächtnißnehmer, wenn er weiter restituiren soll (cf. § 120 Nr. 7. c.). Wird ihm ein Abzug gemacht, so zieht auch er verhältnißmäßig ab[2]; cit. l. 47 § 1 D. 35. 2 (cf. § 102 Anm. 5).

2. Dem Erben wird hier in die Quart eingerechnet

a. was er jure hereditario bekommt;

b. was er legati nomine (nicht auch praelegati nomine) von einem Miterben empfängt, sei es conditionis implendae causa oder nicht;

c. die Gegenleistung, die er nach testamentarischer Anordnung gegen die Restitution erhält[3].

---

1) L. 27 § 10 D. 36. 1: . . si Maevius te rogaverit, . . suam hereditatem . . . restituere, tuque sponte adieris hereditatem: uteris legis Falcidiae commodo, et partem quartam Maevianae hereditatis retinebis, dimidiam et quartam ex fideicommisso restitues . .

L. 64 § 8 D. eod.: Si patronus, ex parte debita heres institutus, rogatus fuerit, eam liberis exheredatis defuncti liberti restituere: si sua sponte adierit, erit Falcidiae locus, si coactus, in solidum transibunt actiones ex hoc S. Cto. Gaj. II. § 254.

2) L. 43 § 3 D. 35. 1: Neratius scribit: ex duobus scriptis heredibus si unus rogatus sit, tibi hereditatem restituere, tu, Titio certam summam dare, et beneficio legis Falcidiae in restituendo heres utatur: quanto minus tibi praestiterit, tanto minus te Titio praestare, non esse iniquum.

3) L. 91 D. 35. 2: In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas jure hereditario capit, non quas jure legati . . vel implendae conditionis causa accipit . . Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum . . datum sit heredi, sive praecipere vel deducere vel retinere jussus est, in quartam id ei imputatur; pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est, quod a coherede accipitur. Sed et si accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id, quod accipit, in quartam ei imputatur . . Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est. Si quid vero implendae

Digitized by Google

Nr. a. gilt auch bei Prälegaten, aber mit einer Modification. Der Erbe nämlich, welcher Singularvermächtnißnehmern die Quart abzieht, hat sich, wenn er Erbe zu $\frac{1}{3}$ ist, vom Prälegat $\frac{1}{3}$ in die Quart einzurechnen. Zieht er sie aber einem Universalvermächtnißnehmer als Erbe zu $\frac{1}{3}$ ab, so rechnet er sich blos $\frac{1}{12}$ ein; denn von seinem Erbtheil behält er hier nur $\frac{1}{4}$, da zu $\frac{3}{4}$ der Universalfideicommissar als Miterbe eintritt. Also behält er hier nur $\frac{1}{12}$ der Erbschaft: während er dort nach wie vor $\frac{1}{3}$ behält[4]. Angerechnet werden dem Erben ferner

d. solche Sachen und Summen, die er nach dem Testament für sich behalten soll aus dem zu restituirenden Erbtheil[5];

e. was er als Preis veräußerter Erbschaftssachen empfangen hat[6];

f. was er an Früchten vom Gegenstande des Fideicommisses seit

---

conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse. Et ideo si 100 praedium legaverit defunctus, si 50 heredi legatarius dederit, 100 legatis computationem fieri et 50 extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur (cf. Vangerow S. 572).

4) L. 86 D. eod.: Titia testamento suo „Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique ejus commisit, ut hereditatem, retenta quarta parte, Secundae . . restituat". Eadem fratri . . praedia praelegavit. Quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat? Respondi: Titium legata integra retinere debere; sed in partem quartam imputari oportere duodecimam praediorum. Sed si non esset adjectum „ut pars quarta deduceretur", totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex Falcidia induceretur (cf. Vangerow S. 564).

Const. 24 Cod. 3. 36.

5) L. 58 § 3 D. 36. 1: Acceptis centum hereditatem rogatus restituere, totam pecuniam jure Falcidiae percipere videtur . ., tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset . . Diversa causa est praediorum pro hereditaria parte retentorum, quippe pecunia omnis de portione retineri possit, praediorum autem alia portio non nisi a coherede, qui dominium habet, accipitur. Quum autem praedia majoris pretii, quam portio hereditaria, essent, in superfluo praediorum petenti fideicommissario Falcidiam intervenire visum est. Concurrentem enim pecuniam compensari placuit (cf. Vangerow S. 571).

Cit. § 9 I. 2. 23 (cf. § 120 Anm. 18).

6) L. 3 § 3 D. 36. 1: Res, quae ab herede alienatae sunt, in quartam imputantur heredi.

Digitized by Google

Antretung der Erbschaft bis zu der Zeit, wo die Restitution gefordert werden konnte[7], gezogen hat[8].

Alles Uebrige wird nicht angerechnet, also nicht was er vom Bedachten bekommt und wodurch dieser eine ihm auferlegte Bedingung erfüllt[9]. Gestritten hat man wegen l. 91 D. cit. Hier ist von einem Universalfideicommiß die Rede, das implendae conditionis causa dem Erben gezahlt würde und ihm eingerechnet werde. Schon nach dem Latein sind die Worte ein Glossem und an sich Unsinn. Im Text der Florentiner Handschrift fehlen sie. Die angebliche Stelle ist also nicht zu berücksichtigen.

3. So wie noch nicht fällige Vermächtnisse durch Berechnung des Interusuriums auf ihren jetzigen Werth reducirt werden, so muß der Erbe, wenn das Universalvermächtniß erst nach Jahren fällig wird, die gezogenen Früchte und Nutzungen mitberechnen und oft fällt hierdurch der ganze Abzug weg. Es ist so zu rechnen, daß der Erbe zur Todeszeit die Quart und hinterher deren Früchte frei hat[10]. Nur Kinder des Erblassers, die mit dem Universalvermächtniß beschwert

---

7) L. 22 § 2 D. 36. 1: Si heres post multum temporis restituat, cum praesenti die fideic. sit, deducta quarta restituet. Fructus enim, qui percepti sunt, negligentia petentis, non judicio defuncti, percepti videntur. Alia causa est, si sub conditione vel in diem rogatus fuerit; tunc enim quod percipitur summovet Falcidiam, si tantum fuerit, quantum quartam facit et quartae fructus (cf. Vangerow S. 576—577).

8) L. 58 § 5 D. eod.: Ante diem fideicommissi cedentem fructus et usurae, quas debitores, quum postea cessisset dies, solverunt . . portioni quadrantis imputantur.

Cit. l. 18 § 1. 2 D. 36. 1 (cf. § 118 Anm. 6). Cit. l. 22 § 2 D. eod. (cf. Anm. 7).

9) L. 30 § 7 D. 35. 2: . . Quae conditionis implendae causa heredi sunt data, in quartam non computantur. Quod non figura conditionis accipere jussus est ab eo, cui hereditatem restituere rogatus est, . . placuit computari. Quemadmodum, si ea summa heres vendere eas res jussus esset; quia non conditionis implendae causa, sed quodammodo pro pretio inferre sunt jussi . . Quaesitum est, an fideicommissarius quoque invitus cogatur dare eam summam et recipere hereditatem, quasi et ipsius fideicommissum esset. Sed id verisimile non est, quum talis oratio magis ipsius causa, quam contra ipsum posita videatur.

10) L. 14 § 6 D. 35. 2: Fructus praediorum sub conditione . . relictos, in causam fideic. non deductos, heres in ratione Falcidiae sic accepto facere sibi cogitur, ut quartam et quartae fructus ex die mortis bonorum, quae mortis tempore fuerunt, habeat . . .

L. 88 § 3 D. eod.

Digitized by Google

sind, wenn auch zu Gunsten ihrer eigenen Descendenten, erhalten die Quart niemals aus den Einkünften, sondern immer de ipsis rebus hereditariis, selbst wenn der Testator ausdrücklich das Gegentheil anbefohlen hat[11].

4. Wenn ein Notherbe eingesetzt und mit einem Universalvermächtniß belastet ist, so konnte dieser keinen doppelten Abzug machen, d. h. nicht erst seinen Pflichttheil abziehen und außerdem noch die Quart von dem Uebrigen. Anfangs hatte der Notherbe durch die Falcidia zugleich den Pflichttheil[12]. Nur brauchte der Notherbe sich nicht die Früchte einrechnen zu lassen, da der Pflichttheil ihm zur Todeszeit aus der Substanz geschuldet wird; cit. const. 6 pr. Cod. 6. 49.

Das Canonische Recht hat den doppelten Abzug gestattet, so daß erst der Pflichttheil und vom Uebrigen die Quart ohne Einrechnung der Früchte abgezogen wird; cit. cap. 16. 18 X. de test. 3. 26 (cf. § 102 Nr. IV.). Man hat dies als etwas Singuläres betrachten und auf die Falcidia bei Singularvermächtnissen nicht anwenden wollen, allein gegen eine entschiedene Praxis (cf. § 102 Nr. IV.).

§ 122.

G. Stellung der Singularvermächtnißnehmer.

Boehmer, De legatis ex fideicommisso praestandis, in Elect. Tom. I. exerc. 7. Roßhirt in dessen Zeitschr. Bd. IV. S. 124 ff. Stemann in Elvers neuer Themis. Bd. I. S. 278 ff. Arndts § 586. Puchta § 557. Brinz § 224. Sintenis § 220. Böcking Erbr. III. B. § 161. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 179 ff. S. 217 ff. Göschen § 1070. Vangerow § 559. Bering S. 798—799. Keller § 590. Heimbach im Rtsl. l. c. S. 293.

Der Universalvermächtnißnehmer haftet zu seinem Antheil auch mit für die Singularvermächtnisse, sobald ihm die Erbschaft restituirt ist. Wenn daher

1. der Erbe ihm nur eine Quote restituirt und testamentsmäßig selbst noch mehr als die Quart behalten hat, so haften Erbe und Uni-

11) Const. 6 pr. Cod. 6. 49: Jubemus, quotiens pater vel mater, . . filiis vel filiabus . . heredibus institutis, . . ex his quendam rogaverit, qui prior sine liberis decesserit, portionem hereditatis suae . . restituere: ut, retenta quarta . . non per imputationem redituum, licet hoc testator jusserit, sed in ipsis rebus hereditariis, dodrans restituatur.

12) L. 8 § 9 D. 5. 2: Nam si, quum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam.

Const. 8. 10 Cod. 6. 50.

Digitized by Google

versalvermächtnißnehmer für die Vermächtnisse pro portione hereditaria gemeinsam. Der Erbe kann den Singularvermächtnißnehmern möglicher Weise noch die Quart berechnen, nicht aber dem Universalvermächtnißnehmer[1].

2. Ist dem Erben im Testament blos die Quart vorbehalten oder statt derselben einzelne Sachen, und restituirt er die übrige Erbschaft an den Universalvermächtnißnehmer, so hat dieser alle Vermächtnisse zu zahlen[2].

3. Wenn dem Erben die Quart nicht vorbehalten ist, sondern er die ganze Erbschaft restituiren soll und außerdem Vermächtnisse hinterlassen sind, so zieht der Erbe die Quart gleichmäßig von Singularvermächtnissen und vom Universalvermächtniß ab. Hier wird als Werth des Universalvermächtnisses nicht der Gesammtwerth der Erbschaft angenommen, sondern die Summe der Vermächtnisse davon abgerechnet[3].

---

1) L. 1 § 20 D. 36. 1: . . si 400 habens 200 legaverit Titio, et partem dimidiam hereditatis Sempronio restituere rogaverit: . . Julianus ait . . legatorum petitionem scindi, sic ut 100 quidem petantur ab herede, 100 vero alia legatarius a fideicommissario petat . . . Secundum hanc rationem integram quartam habet, id est 100 integra.

Cit. const. 2 Cod. 6. 49 (cf. § 120 Anm. 13).

2) L. 1 § 17 D. 36. 1: Si is, qui 400 in bonis habeat, 300 legaverit et deductis ducentis rogaverit heredem, Sejo restituere hereditatem: an trecentorum onus fideicommissarius subeat, an vero hactenus, quatenus ad eum ex hereditate pervenerit? Julianus ait, competere quidem adversus eum trecentorum petitionem, non autem amplius, quam in ducentis, actionem adversus fideicommissarium daturum, in heredem autem centum . . .

Cit. l. 1 § 21 D. eod. (cf. § 120 Anm. 15).

3) L. 2 D. 36. 1: Qui 400 reliquit, Titio 300 legavit, heredis fidei commisit, ut tibi hereditatem restitueret. Isque suspectam jussu Praetoris adiit et restituit. Quaerebatur, quid legatario dare deberes? Dicendum est . . tota 300 te dare Titio debere. Nam heres hoc rogatus intelligi debet, ut te suo loco constituat, et, quod heres, perfunctus omnibus hereditariis muneribus, id est post legatorum dationem, reliquum habiturus foret, si non esset rogatus, ut tibi restitueret hereditatem, id tibi restituat. Quantum ergo haberet? . . 100. Haec ut tibi daret, rogatus est. Itaque sic ineunda est legis Falcidiae ratio, quasi heres, 300 Titio dare damnatus, tibi 100 dare damnatus sit . . Si hereditatem sua sponte adiisset, daret Titio 225, tibi 75.

L. 3 pr. § 2 D. eod.: . . si, deductis legatis, restituere quis hereditatem rogatur, quaesitum est: utrum solida legata praestanda sint et quartam ex solo fideicommisso detrahere possit? an vero et ex legatis et ex

Digitized by Google

4. Zweifel hat der Fall gemacht, wenn der einzige Erbe sofort Vermächtnisse bezahlen und erst bei seinem Tode die Erbschaft als Universalvermächtniß restituiren soll. Hier ist das Universalvermächtniß sub die incerto hinterlassen. Wenn also der Universalvermächtnißnehmer vor dem Erben stirbt, so fällt noch das ganze Universalvermächtniß zusammen. Also kann auch der Abzug der Quart durch die Einrechnung der Früchte wegfallen. Deshalb muß der Erbe die Vermächtnisse sogleich vollständig auszahlen. Er kann aber zuvor Caution verlangen für etwaige Rückgabe.

§ 123.

H. Erzwungene Antretung.

Marezoll, Ueber den Anspruch des fideicommissarischen Erben auf die dem Fiduciare accrescirende Erbportion, in der Gieß. Zeitschr. Bd. IV. Nr. 10. Heise, De aliena heredit. restituenda. Gött. 1816. § 37 sq. Hasse im Rhein. Mus. Bd. III. S. 532 ff. Arndts § 557. Puchta § 554. Brinz § 224. Sintenis § 220. Nr. IV. Holzschuher S. 963—964. Böcking Grdr. III. B. § 157. Roßhirt Vermächt. Bd I. S. 172. Westphal Vermächt. S. 1245. Göschen § 1066. Vangerow § 558. 559. Vering S. 788—791. Keller § 590. Heimbach im Rtsl. l. c. S. 294—295.

I. Damit nicht durch Ausschlagung des Fiduciars auch die Gültigkeit des Universalvermächtnisses gefährdet werde, kann der Fiduciar zur Antretung gezwungen werden, sowohl der Testaments-, wie der Intestat-Erbe[1], selbst der Fiscus[2]; cit. § 6 I. 2. 23 (cf. § 82 Anm. 20). Selbst dann noch, wenn er schon repudiirt hat[3].

Die Antretung kann auch der verlangen, dem nur ein Theil restituirt werden sollte. Nur muß er dann das Ganze übernehmen[4].

---

fideic. quartam detrahere possit? . . respondisse, ex omnibus detrahendam, hoc est ex legatis et ex fideicommisso.

1) L. 6 § 1 D. 36. 1: Meminisse autem oportebit, de herede instituto Senatum loqui, ideoque tractatum est . . , an intestato locum habeat, sed est verius, . . ut hoc S. C. ad intestatos quoque pertineat, sive legitimi sive honorarii sint successores.

2) L. 6 § 3 D. eod.: Si fisco bona vacantia deferantur, nec velit bona agnoscere et fideicommissario restituere: aequissimum erit, quasi vindicaverit, sic fiscum restitutionem facere.

3) L. 14 § 1 D. eod.: Sed et qui repudiavit hereditatem, cogetur adire et restituere ipsam hereditatem, si justae causae allegentur.

4) L. 16 § 4 D. eod.: Si quis, heres institutus, rogatus fuerit hereditatem, non totam, sed partem, restituere, vel si duobus restituere sit rogatus, et alter ex his velit sibi restitui hereditatem, alter recuset: Se-

Digitized by Google

Niemals aber kann ein Vermächtnißnehmer in solcher Weise gezwungen werden[5].

II. Ist der Fiduciar unter einer Bedingung eingesetzt, so kann er sogar zur Erfüllung der Bedingung gezwungen werden, wenn dieselbe einerseits eine Potestativbedingung ist, andrerseits ihre Erfüllung nichts Anstößiges oder Schwieriges oder mit öconomischen Nachtheilen Verbundenes involvirt, wenn also die Nichterfüllung nach dem natürlichen Eindruck mehr ein Uebelwollen des Erben gegen den Fideicommissar manifestiren würde, als eine Scheu vor eigenem Nachtheil. Ist die Bedingung auf ein Geben oder Zahlen gestellt, so muß der Fideicommissar das zu Gebende dem Fiduciar offeriren. Eine zur Bedingung gemachte Zahlung oder auch Handlung kann der Fideicommissar sogar anstatt des Erben verrichten[6].

III. Der gerichtliche Zwang — auch gegen einen Abwesenden anwendbar — besteht darin, daß das Gericht die Erbschaft als angetreten betrachtet durch ein Urtheil und die Restitution als geschehen annimmt. Der Erbe wird dann stricto jure heres. Er soll aber weder Vortheil, noch Nachtheil davon haben. Er ist bloßes Mittel, dem Universalvermächtnißnehmer die Erbschaft zu verschaffen. Daraus folgt:

1. Auch bei gezwungener Antretung kommt dem Fiduciar das zu Gute, was ihm conditionis implendae causa gegeben werden soll[7];

---

natus censuit utroque casu exonerari eum, qui suspectam hereditatem dicit, totamque hereditatem transire ad eum, qui adire cogit.

L. 27 § 8 D. eod.

5) L. 16 § 2 D. 36. 1: . . potest dici, ita demum quem non posse cogi adire et restituere hereditatem, si de re vel quantitate fuerit rogatus.

L. 53 D. eod.

6) L. 31 § 2 D. h. t.: Si sub conditione heres institutus, rogatusque hereditatem restituere, non vult conditioni parere et adire hereditatem: si facti est conditio, debet parere et adire et restituere; vel si in dando sit. Offerente fideicommissario, recusante autem herede, factum adimplere: licentia dabitur fideicommissario, secundum imitationem dationis factum implere; et tunc necessitas imponitur adire hereditatem . . Conditiones, quae non sunt in potestate heredis, ad officium Praetoris non pertinent.

L. 63 § 7. 8 D. eod.

7) L. 44 § 4 D. 35. 1: Quum hereditas ex S. C. Trebell. restituta est, heredi dandum est ut impleatur conditio; nec hoc restituendum est ex causa fideicommissi. § 5. Sed quum suspectam adiit et restituit . ., et in hoc casu nihil ei auferri.

Digitized by Google

auch Prälegate, falls nämlich Miterben antreten und soweit jene auf deren Erbtheil lasten[8]; ebenso die percipirten Früchte und sonstigen Vortheile der Zwischenzeit zwischen der gezwungener Weise erfolgten Antretung und der vorschriftsmäßigen Restitution[9].

Dagegen gehen ihm alle übrigen Vortheile verloren, welche er von der Erbschaft bei freiwilliger Antretung gehabt haben würde[10]. Statt etwaiger partieller Restitution liegt ihm jetzt totale ob und er verliert jus accrescendi und Quart. Das Recht auf die Quart geht auf den Universalvermächtnißnehmer über[11].

2. Auf der andren Seite darf der Fiduciar durch die gezwungene Antretung auch nicht in Schaden versetzt werden[12]. Er kann daher von

8) Arg. l. 17 § 2 l. 18 l. 91 § 2 D. de leg. I. cf. l. 18 § 3 D. 36. 1. (Die praeceptio in cit. l. 55 § 3 D. h. t. [Anm. 10] ist nicht ein Prälegat, sondern ein Vorbehalt vom Fideicommiß, cf. l. 27 § 14 D. h. t.)

9) L. 27 § 1 D. 36. 1: Si servum hereditarium heres, qui coactus adierit, jussisset adire hereditatem, ab alio eidem servo relictam, et tunc hereditatem, quam suspectam sibi esse dixerat, restituerit: an etiam eam hereditatem, quae per servum acquisita esset, restituere deberet? quaesitum est. Dixi, non magis hanc hereditatem in restitutionem venire, quam quod servus hereditarius post aditam hereditatem stipulatus fuisset et per traditionem accepisset, aut fructus, qui ex rebus hereditariis percepti fuissent; utique ei nulla mora fideicommisso facta fuisset. Sed si quid ante aditam hereditatem servus stipulatus fuisset aut per traditionem accepisset: id restitui debebit, sicut fructus ante aditam hereditatem in restitutionem venire (cf. § 118 Anm. 5).

10) L. 27 § 2 D. 36. 1: Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset, aut non adiisset.

L. 55 § 3 D. eod.: . . Senatus nihil apud eum ex ea parte, quam dereliquit, voluit relinquere, ut nec Falcidiam exercere possit, nec praeceptio apud eum relinquatur, nec substitutio quoque secundarum tabularum ita facta: „quisquis mihi heres erit, filio meo heres esto" eidem daretur.

Cit. § 7 I. h. t. (cf. § 82 Anm. 21).

11) L. 16 § 9 D. 36. 1: . . hoc jure utimur, ut totum transeat ad eum, qui coegit.

L. 63 § 11 D. eod.: Si, quum suspectam videres hereditatem, postulante me, jussu Praetoris adieris et restitueris mihi: ita utar legis Falcidiae beneficio adversus legatarios, si tu quoque ea lege uti poteras, et quatenus uti poteras.

Cit. l. 55 § 3 D. eod. (Anm. 10). Cit. l. 43 D. eod. (cf. § 118 Anm. 7).

12) L. 73 § 1 D. h. t.: Quum ex Trebell. S. C. restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilominus valent.

Cit. § 7 I. 2. 23 (cf. § 82 Anm. 21). Cit. l. 27 § 15 i. f. D. 36. 1 (Anm. 13). L. 59 pr. D. 36. 1.

Digitized by Google

Gläubigern und Vermächtnißnehmern nicht belangt werden; cit. § 6 I. 2. 23. Ist dem Fiduciar ein Vermächtniß gegeben unter der Bedingung, daß er nicht Erbe werden sollte, so muß ihm der Fideicommissar dasselbe leisten, ehe er ihn zur Antretung zwingen kann, da deficiente conditione die Miterben davon befreit sind[13].

IV. Der Fiduciar kann sich übrigens eine Ueberlegungsfrist erbitten[14]. Während derselben kann er zwar zum Antritt gezwungen werden, aber, durch Erklärung des Antritts, noch immer auch die Vortheile der freiwilligen Antretung sich wieder verschaffen[15].

V. Wie im Fall der Ablehnung des Fiduciars, so kann auch noch in folgenden Fällen der Fideicommissar anstatt desselben die Erbschaft erlangen:

1. Nach einem Soldatentestament, wenn der Fiduciar weggefallen ist, der Testator aber jenem die Erbschaft jedenfalls zuzuwenden Willens war[16].

2. In gleichem Fall überall, wenn der Fiduciar beim Leben des Testators, ohne daß dieser davon Kenntniß erhalten, gestorben ist[17].

---

13) L. 27 § 15 D. 36. 1: Sed si eidem legatum esset sub hac conditione „si heres non esset", et suspectam sibi hereditatem dicat: non aliter cogendus est adire, quam ut legata, quae sub conditione „si heres non esset" data erant, restituantur; non quidem a coheredibus, ne onerentur, sed ab eo, cui restituta fuerit hereditas. Nam sicut explendae fidei gratia cogendus est adire hereditatem: ita ob id ipsum damno affici non debet.

L. 11 pr. D. eod.

14) L. 9 § 1 D. 36. 1: Plane si quis petierit ad deliberationem tempus et impetraverit, deinde post tempus deliberationis adierit et restituerit hereditatem: non videtur coactus hoc fecisse. Nec enim suspectam coactus adit, sed sponte post deliberationem.

15) L. 71 D. eod.: Omnes, qui de hereditate deliberant, desiderante eo, qui suo periculo velit adiri hereditatem, coguntur adire, sed non statim restituere, sed ut, completo tempore deliberationis, (si) expedire sibi compererint hereditatem, sentiant commodum testamenti eo jure, quo, si sponte adiissent . . .

16) L. 13 § 4 D. 29. 1: Quum miles is testamento suo servo libertatem dederit, eidemque et a primo, et a secundo herede per fideic. hereditatem reliquerit, quamvis et primus heres, et substitutus, priusquam adierint hereditatem, mortem obierunt, non debere intestati exitum facere, Imperator noster cum . . Severo rescripsit. Sed perinde habendum est, ac si eidem servo libertas simul et hereditas directo data esset, quae utraque ad eum pervenire testatorem voluisse, negari non potest.

17) L. 14 D. eod.: Tractabatur, an tale aliquid et in paganorum testamentis indulgendum esset; et placet, non sine distinctione hoc fieri;

Digitized by Google

3. Wenn derselbe nach dem Erblasser gestorben ist, ohne die Erbschaft erworben zu haben und ohne daß ein Anderer durch Transmission an seine Stelle tritt[18].

4. Wenn er der Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft sich gänzlich entzieht[19] (cf. Arndts § 587 i. f.).

Sechstes Capitel.

§ 124.

Von den Schenkungen von Todeswegen.

Mortis causa donationes.

Dig. de mortis causa donationibus et capionibus (39. 6). Cod. de donationibus mortis causa (8. 57). Nov. 87.

Dreves, De acceptationis necessitate in donationibus mortis causa. Gött. 1797. Fester, De mortis causa donatione. Heidelberg. 1841. Müller, Natur der Schenkung auf den Todesfall. Gießen 1827. Schirach, Ueber die Schenkung auf den Todesfall, im civil. Archiv. Bd. II. Nr. 31. Schröter, Ueber die mortis c. donatio, in der Gieß. Zeitschr. Bd. II. Nr. 4. Hasse, Ueber Erbvertrag, Schenkung Todeshalber u. s. w., im Rhein. Mus. Bd. II. Nr. 9. S. 300 ff. Bd. III. S. 1 ff. Wiederhold, Zur Lehre von den Schenkungen auf den Todesfall (Erklärung der const. ult. Cod. de donat. mortis c.) in der Gieß. Zeitschr. Bd. XV. Nr. 4. Arndts § 589—590. Puchta § 552. Brinz § 102. Sintenis § 216. Holzschuher S. 967—972. Böcking Erbr. III. B. § 155. Savigny Syst. Bd. IV. § 170—172. Roßhirt Vermächt. Bd. I. S. 80 ff. Mayer § 14. Göschen Bd. II. § 543. Mühlenbruch-Glück Bd. 7. S. 181 ff. Müller § 196. Bangerow § 561—563. Bering S. 804—816. Keller Institut. § 339. Pand. § 69. Heimbach im Rtöl. Bd. 9. S. 709—722.

I. Mortis causa donatio ist derjenige Schenkungsvertrag, den ich auf den Fall meines Todes mit jemandem eingehe, insonderheit auf den Fall, daß dieser meinen Tod erleben wird. Sie ist daher eine bedingte Schenkung[1]. Sie kann aber noch

---

sed si quidem vivo testatore et sciente decessissent, nihil novi statuendum, si autem ignorante, aut post mortem ejus, omnimodo subveniendum.

18) Arg. l. 14 D. modo cit. Cit. const. 7 § 1 Cod. 6. 49 (cf. § 119 Anm. 6.

19) Modo cit. const. 7 § 1 Cod. 6. 49.

1) § 1 I. 2. 7: Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, quum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae m. c. donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia. Nam quum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, et utriusque

Digitized by Google

außerdem bedingt sein durch die Voraussetzung, daß ich in einer bestimmten Zeitperiode, z. B. in einem bestimmten Jahre, Monate sterben werde oder auch in einer bestimmten Krankheit oder Gefahr. Hiernach unterscheidet man m. c. donationes

1. auf den Fall des Todes überhaupt, sola mortalitatis cogitatione[2],

2. auf den Fall des Todes in einer bestimmten Todesgefahr, metu imminentis seu praesentis periculi[3].

Im ersten Fall fällt die Schenkung zusammen, wenn der Beschenkte meinen Tod nicht erlebt[4]; im zweiten Falle schon, wenn ich der bestimmten Todesgefahr entgehe.

Der zum Grunde liegende Gedanke läßt sich so ausdrücken, daß ich das Geschenk dem Beschenkten lieber gönne, als meinem Er-

---

causae quaedam habebat insignia et alii ad aliud genus eam retrahebant, a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur, et sic procedat, quemadmodum nostra eam formavit constitutio (const. 4 Cod. h. t.). Et in summa m. c. donatio est, quum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum . .

L. 35 § 2 D. 39. 6: . . mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. Etenim ibi, qui donat, illum potius, quam se habere mavult. At is, qui mortis c. donat, se cogitat, atque amore vitae recepisse potius, quam dedisse mavult. Et hoc est, quare vulgo dicatur: se potius habere vult, quam eum, cui donat, illum deinde potius, quam heredem suum.

2) Paul. S. R. III. 7 § 2: Donatio mortis causa cessante valetudine et secuta sanitate . . revocatur; morte enim tantummodo convalescit.

L. 2 D. 39. 6: Julianus . . tres esse species m. c. donationum, ait; unam, quam quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat; aliam, . . quum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis; tertium genus . ., si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, quum mors fuerit insecuta.

L. 31 § 2 i. f. D. h. t. L. 35 § 4 D. eod.

3) L. 3 D. 39. 6: M. c. donare licet, non tantum infirmae valetudinis causa, sed periculi etiam propinquae mortis.

Paul. l. c. § 1: M. c. donat, qui ad bellum proficiscitur et qui navigat, ea scilicet conditione, ut, si reversus fuerit, sibi restituatur, si perierit, penes eum remaneat, cui donavit.

Cit. l. 2 D. h. t. (cf. Anm. 2).

4) Cit. l. 35 § 2 D. h. t. (cf. Anm. 1). Cit. l. 29 D. eod. (cf. Anm. 33).

Digitized by Google

ben; mir selbst aber lieber als dem Beschenkten[5]; cit. § 1 I. 2. 7, cit. l. 35 § 2 D. 39. 6 (cf. Anm. 1).

II. Ihr wesentlicher Unterschied von einer Schenkung unter Lebenden, donatio inter vivos, liegt darin, daß die Gültigkeit der m. c. donatio abhängt[6] im 1. Falle davon, daß der Beschenkte den Schenker überlebt[7], im 2ten außerdem noch davon, daß der Schenker in jener Gefahr stirbt.

Sterben jedoch Schenker und Beschenkter gleichzeitig, so soll die Schenkung perfect geworden sein und von den Erben des Schenkers nicht revocirt werden können[8].

Mache ich eine Schenkung ausdrücklich in Beziehung auf meinen Tod oder auf eine Todesgefahr, so wird die bezeichnete Bedingung, im 2. Falle die doppelte Bedingung, stets präsumirt. Eine solche Schenkung gilt also im Zweifel als eine m. c. donatio. Erkläre ich bei einer Schenkung, die ich in Beziehung auf meinen Tod jemandem mache, sie solle selbst dann gelten, wenn der Beschenkte vor mir sterbe, so ist dies keine m. c. donatio, sondern eine donatio inter vivos, deren Auszahlung auf den Todestag des Schenkers verstellt ist[9] (cf. Savigny l. c. § 170).

Eine m. c. donatio kann ich, wie jeden letzten Willen, beliebig widerrufen[10].

III. Die m. c. donatio ist nicht eine Auflage an den Erben oder sonstigen Onerirten, sondern eine Last, die der Erblasser selbst für seine Person unmittelbar contrahirt[11], nur daß erst nach seinem Tode actio nascitur. Hieraus folgt:

---

5) L. 1 pr. D. 39. 6: M. c. donatio est, cum quis habere magis se vult, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum.

6) L. 32 D. eod.: Non videtur perfecta donatio m. c. facta, antequam mors insequatur.

7) L. 13 § 1 i. f. D. eod.: Sed et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille, qui acceperit, decesserit . .

8) L. 26 D. eod.: Si, qui invicem sibi m. c. donaverunt, pariter decesserunt: neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit.

9) Cit. § 1 I. 2. 7 verb: aut prior decesserit is, cui donatum sit.

10) Cit. § 1 I. 2. 7 verb: vel si eum donationis poenituisset.

L. 16 D. h. t.: M. c. donatio, etiam dum pendet: an convalescere possit donator? revocari potest.

11) L. 38 D. 39. 6: Inter m. c. donationem et omnia, quae m. c. quis ceperit, est earum rerum differentia: nam m. c. donatur,

Digitized by Google

1. Sie ist unabhängig von der Antretung der Erbschaft[12].

2. Sie ist unabhängig von der Voraussetzung der testamenti factio activa et passiva[13] (cf. Vangerow S. 665 Nr. 3.).

3. Durch sie kann niemals Universalsuccession begründet werden[14].

4. In einem Testamente kann eine m. c. donatio nicht angeordnet werden, da sie die unitas actus aufheben würde (cf. § 24).

5. Bei einer m. c. donatio fehlt das interdictum quod legatorum[15].

6. Durch Anfechtung des Testaments werden m. c. donationes nicht verwirkt[16].

7. Die m. c. donatio jährlicher Renten wird, anders wie das annuum legatum, als nur eine Schenkung behandelt[17]. Stirbt also beim annuum m. c. z. B. auf 20 Jahre donatum der Donatar schon nach 6 Jahren, so transmittirt er für 14 Jahre das annuum auf seine Erben; was beim annuum legatum nicht der Fall ist (cf. § 110).

IV. Von der anderen Seite aber ist die m. c. donatio eine Erwerbung, die wie jede letztwillige Honorirung zusammenfällt, wenn der Beschenkte den Tod des Schenkers nicht erlebt. Auch im Uebrigen sollen die Grundsätze von den Vermächtnissen angewendet werden[18]. Hieraus folgt:

---

quod praesens praesenti dat; et m. c. capi intelligitur, et quod non cedit in speciem donationis.

L. 25 pr. D. eod.: Tam is, qui testamentum facit, quam qui non facit, m. c. donare potest.

12) Cit. l. 2 i. f. D. h. t. (cf. Anm. 2).

13) Cit. l. 25 § 1 D. h. t. (cf. § 21 Anm. 8).

14) L. 42 pr. D. 39. 6.

15) L. 1 § 5 D. 43. 3: . . cessabit interdictum (sc. quod legatorum), si quis ex m. c. donatione possideat.

16) L. 5 § 17 D. de his, quae ut indignis auferuntur 34. 9: Qui m. c. donationem accepit a testatore, non est similis in hac causa legatario.

17) L. 35 § 7 D. 39. 6: . . qui m. c. in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui legatum est, nam licet multa essent legata (cf. l. 4 D. 33. 1): stipulatio tamen una est; et conditio ejus, cui expromissum est, semel intuenda est.

18) L. 37 pr. D. h. t.: Generaliter meminisse oportebit, donationes m. c. factas legatis comparatas. Quodcunque igitur in legatis juris est, id in m. c. donationibus erit accipiendum.

Const. 4 Cod. 8. 57: . . omnes effectus sortiatur (sc. m. c. donatio),

Digitized by Google

1. Die bei Vermächtnissen geltenden Grundsätze über die Capacität finden auch auf m. c. donationes Anwendung[19]. Dies ist jedoch heut zu Tage unpractisch (cf. § 7 Nr. I.).

2. Der Donatar zählt nicht zu den eigentlichen Erbschaftsgläubigern. Im Concurs der Erbschaft steht er ihnen vielmehr nach und rangirt einfach unter den Vermächtnißnehmern[20].

3. Die Bestimmungen über die Behandlung der Vermächtnisse im Falle der B. P. contra tabulas werden auch auf m. c. donationes angewandt[21]. Ob dies heute noch practisch ist, hängt davon ab, wie man die Gesetzgebung der Nov. 115 cap. 3. 4 auffaßt (cf. Notherbfolge).

4. Die m. c. donatio ist der Quarta Falcidia unterworfen[22].

5. Auch das Anwachsungsrecht ist zugelassen, wenn Zweien zusammen eine Sache mortis causa geschenkt ist[23].

6. Ferner das Recht der cautio Muciana[24].

7. Ebenso die Cautionspflicht des Usufructuars[25].

8. Ebenso das Erforderniß gerichtlicher Bestätigung beim Vergleich über Alimente[26].

9. Auch die bei letzten Willen vorkommende Unwirksamkeit der conditio jurisjurandi ward auf m. c. donationes ausgedehnt[27] (cf. § 37 Nr. E. 2).

---

quos ultimae habeant liberalitates, nec ex quacunque parte absimilis eis intelligatur (cf. Anm. 36).

Cit. § 1 I. 2. 7 (cf. Anm. 1).

19) L. 9 D. 39. 6: Omnibus mortis causa capere permittitur, qui . . et legata accipere possunt.

L. 22. 25 pr. D. eod.

20) L. 17 D. h. t.: . . ex testamento ejus, qui solvendo non fuit, . . etiam donationes m. c. factae rescindi debere, quia legatorum instar . . .

21) L. 3 pr. l. 5 § 7 l. 20 pr. D. 37. 5.

22) Const. 2 Cod. 8. 57: . . quum divi Severi constitutione etiam in m. c. donatione, si de cetero patrimonio, quantum Falcidia jubet, heres non habet, provisum sit.

Cit. l. 27 i. f. D. h. t. (cf. Anm. 9).

23) Cit. const. unic. § 14 Cod. 6. 51 (cf. § 58).

24) Nov. 22 cap. 44 § 9.

25) L. 1 § 2 D. 7. 9: . . si ex m. c. donatione ususfructus constituatur, exemplo legatorum debebit haec cautio praestari.

26) L. 8 § 2 D. 2. 15: . . ne aliter alimentorum (sc. si m. c. donatione fuerint relicta) transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta.

27) L. 8 § 3 D. 28. 7.

Digitized by Google

10. Der Erblasser kann dem Beschenkten auch Vermächtnisse auferlegen und zwar auch noch nach errichteter Schenkung, weil er die Schenkung ja ganz revociren könnte[28].

11. Der filiusfamilias miles kann auch aus dem castrense peculium mortis causa schenken[29] (cf. § 21 ad Nr. II.).

V. Die m. c. donatio wird vertragsweise angeordnet. Sie ist ein Rechtsgeschäft zwischen dem Erblasser und dem Beschenkten, sei es eine stipulatio[30], oder eine Schulderlassung[31], oder auch eine rerum donatio, vollzogen durch sofortige Uebergabe der Sache. Diese donatio rei kann metu imminentis periculi (oben Fall 2), wie Julianus und Ulpianus sagen[32].

a. so eingegangen werden, ut res m. c. donata et statim tradita statim fiat accipientis; reddatur, si donator convaluerit;

b. so, ut tunc demum fiat accipientis, quum mors fuerit insecuta.

Im Falle Nr. b. kann hier der reconvalescirte Donator vindiciren. Ist in der Gefahr sein Tod erfolgt, so ist mit diesem seinem Tode auch der Uebergang des Eigenthums erfolgt und von diesem Augenblicke an hat der Beschenkte die vindicatio.

Im Falle Nr. a. ist durch die Tradition allerdings Eigenthum übergegangen und so hat der Beschenkte die vindicatio; allein nur ad interim. Der reconvalescirte Donator wird ipso jure wiedrum Eigenthümer und kann wiedrum vindiciren. Auch schon vor überstandener Gefahr z. B. während der Krankheit kann der Donator vindiciren, wenn der Beschenkte noch vor ihm stirbt[33].

---

28) L. 77 § 1 D. de leg. II.: Eorum, quibus m. c. donatum est, fidei committi quoquo tempore potest.

L. 11 D. 33. 4. Const. 1 Cod. 8. 57.

29) L. 15 D. 39. 6: . . quum testamenti relinquendi . . adepti sint filiifamilias milites liberam facultatem, credi potest, ea etiam remissa, quae donationes m. c. fieri prohibent . . .

30) L. 34 D. 39. 6: M. c. donatio etiam sic constitui potest, ut quis stipuletur in annos singulos.

31) L. 24 D. eod.: Quod debitori acceptum factum esset m. c., si convaluerit donator, etiam tempore liberato ei potest condici . .

32) Cit. l. 2 D. h. t. (cf. Anm. 2).

33) L. 29 D. h. t.: Si m. c. res donata est, et convaluit, qui donavit: videndum, an habeat in rem actionem? Et si quidem quis sic donavit, ut, „si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est“:

Digitized by Google

Die Römische Juristenschule der Cassianer gab dem reconvalescirten Donator eine persönliche Klage, eine condictio causa data, causa non secuta. Eine Stelle, die dies ausspricht, ist auch in die Digesten übergegangen[34]. Daß die Stelle Ulpians (Anm. 33) die vindicatio giebt, darin hat man fälschlich einen Widerspruch mit dieser Stelle erblicken wollen; denn daraus, daß beide Stellen in die Digesten Aufnahme gefunden haben, folgt einfach nur, daß dem reconvalescirten Donator beide Klagen electiv zustehen.

Aus cit. l. 29 D. h. t. folgt: Hat eine Tradition inter vivos nicht Statt gefunden, so erfolgt auch mit dem Tode kein Eigenthumsübergang auf den Beschenkten. Derselbe hat nur eine persönliche Klage ex donatione gegen den Erben auf Tradition.

Verschenkte ich mortis causa eine Sache sola mortalitatis cogitatione (oben Fall Nr. 1) und tradirte ich sie sogleich, so habe ich zur Geltendmachung meines Widerrufsrechts eine condictio und ebenfalls auch hier electiv eine rei vindicatio (utilis)[35]. Machte ich eine m. c donatio metu imminentis periculi und überlebe ich glücklich die Gefahr, so ist übrigens die donatio ipso jure zusammengefallen. Meines Widerrufs bedarf es gar nicht. Hatte ich eine Sache schon tradirt, so kann noch mein Erbe sie condiciren oder vindiciren, auch wenn ich selbst gar nicht widerrief. Hatte ich nichts tradirt, so hat der Beschenkte keine Klage gegen meinen Erben.

VI. Ueber die Form der m. c. donatio herrscht Streit (cf. Wiederhold l. c.).

1. Nach Römischem Recht hatte der Schenker die Wahl, ob er die Schenkungs- oder die Vermächtnißform brauchen wollte.

---

sine dubio donator poterit rem vindicare; mortuo eo, tunc is, cui donatum est. Si vero sic, ut „jam nunc haberet; redderet, si convaluisset, vel de proelio vel peregre rediisset“: potest defendi, in rem competere donatori, si quid horum contigisset; interim autem ei, cui donatum est. Sed et si morte praeventus sit is, cui donatum est, adhuc quis dabit in rem donatori.

34) L. 35 § 3 D. eod.: . . qui m. c. donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, quum convaluerit, reddatur sibi. Nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit, quasi re non secuta: propter hanc rationem, quod ea, quae dantur, aut ita dantur, „ut aliquid facias“, aut „ut ego aliquid faciam“, aut „ut . . Titius“, aut „ut aliquid obtingat“, et in istis condictio sequitur.

35) L. 30 D. eod.: Qui m. c. donavit, . . ex poenitentia condictionem vel utilem (in rem) actionem habet.

Digitized by Google

Er konnte also bei einer Schenkung, die 500 solidi nicht überstieg, ohne alle Form sie errichten; bei mehr als 500 solidi mußte er entweder Codicillarform beobachten oder die Schenkung gerichtlich insinuiren[36] (cf. Savigny l. c. S. 261 ff. Vangerow § 563).

2. Allein nach Deutschem Recht muß man behaupten, daß zur m. c. donatio Codicillarform nöthig ist. Dies war die herrschende Ansicht im 15. und 16. Jahrhundert. Auf dieser Ansicht beruht auch die R. R. O. von 1512. Tit. de testam. § 2.

Es können diese Schenkungen also auch gerichtlich gemacht werden. Doch muß man nach der Natur der Sache wohl eine Ausnahme, nämlich die Gültigkeit ohne alle beobachtete Form, dann annehmen, wenn jemand metu imminentis periculi m. c. eine Sache verschenkt und dieselbe sogleich tradirt, vorausgesetzt, daß der Werth 500 solidi nicht übersteigt.

VII. Verzichtet im Schenkungsvertrage der Schenker auf das jus poenitendi, so thut dies zwar der Gültigkeit des Vertrages keinen Eintrag. Allein dann liegt juristisch eine donatio inter vivos vor. Durch solchen Vertrag kann ich also z. B. mehr als ¾ meines Vermögens verschenken — ganz ähnlich wie durch deutsch-rechtlichen Erbvertrag, — ohne daß mein Erbe dem Beschenkten ex lege Falcidia einen Abzug machen könnte. Ein solcher Vertrag ist ferner unter Ehegatten ebenso ungültig, wie es jede andre inter vivos donatio unter Ehegatten ist. Zwar sagen Paulus[37] und Julianus[38] das Gegentheil. Auch Justinian sagt das Gegentheil, nämlich in Nov. 87, die sich im cap. 1 für eine authentische Interpretation erklärt. Ebenso ist unter den Neueren z. B. Savigny l. c. S. 241 not. f. entgegengesetzter Meinung. Allein die Nov. 87 ist nicht glos-

36) Const. 4 Cod. 8. 57: . . Sancimus, omnes m. c. donationes . . actis minime indigere, neque exspectare publicarum personarum praesentiam et ea, quae super hujusmodi monumentis solent adhiberi. Sed ita res procedat, ut, si quinque testibus praesentibus — vel in scriptis velsine litterarum suppositione — aliquis voluerit m. c. donationem facere: et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata . . neque propter hoc, quod gesta ei non accesserunt, inefficax esse . . videatur, et omnes effectus sortiatur etc. (cf. Anm. 18. Vangerow § 563).

Cit. § 1 I. 2. 7 (cf. Anm. 1) Nov. 87 pr. (unglossirt).

37) L. 35 § 4 i. f. D. 39. 6: . . Sic quoque potest donari m. c., ut nullo casu sit repetitio, i. e., ne si quidem convaluerit donator.

38) L. 13 § 1 i. f. D. eod.

Digitized by Google

sirt, hat also als authentische Interpretation keine Gültigkeit. Als doctrinelle Interpretation dagegen betrachtet würde sie eine irrige sein. Paulus, Marcellus und Julianus sodann sprechen sich nur ganz kurz und generell aus. Ex professo dagegen, ausführlich und ausdrücklich unter Anführung der beiden genannten Folgerungen, stellt unsern Satz auf Marcianus[39]. Unzweifelhaft ist daher dieser Stelle der Vorzug zu geben. Ohnehin tritt Paulus mit sich selbst[40] in Widerspruch. Demgemäß muß man für solche Schenkungen denn auch lediglich die Form der Schenkung inter vivos fordern.

VIII. In allen ihren entschiedenen Gestaltungen kann die m. c. donatio auch auf den Tod eines Anderen, als des Schenkers, gestellt werden[41], so daß der Tod jener Person analog dieselbe Bedeutung hat, wie sonst der Tod des Schenkers selbst (cf. Keller Instit. S. 348 gegen Savigny § 170 not. l.).

Siebentes Capitel.

Die Notherbfolge.

Neuere Bearbeitungen dieser Lehre: Bluntschli, Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen. Bonn 1829. Boock, Lehre von der Enterbung. Leipzig 1831. Francke, Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. Göttingen 1831. Mühlenbruch-Glück Bd. 35. S. 119—Bd. 38. S. 117 (cf. Bd. 6. S. 527 ff. Bd. 7. S. 1 ff.). Vangerow Bd. II. § 467—489. Vering Abschnitt XII. S. 373—437. Köppen, System des Erbrechts. Einleitung. S. 96—166. Schmidt, Das formelle Recht der Notherben. Leipzig 1862. Arndts in Weiske's Rechtslexicon. Bd. 3. S. 884—902. Bd. 8. S. 79—170.

§ 125.

I. Einleitung.

Heimbach, Ueber die Terminologie necessarius heres, Notherbe, in der Gieß. Zeitschr. Bd. XIII. S. 358 ff. Arndts § 591. Puchta § 485. Brinz § 173. Sintenis § 193. Böcking Erbr. III. B. § 69. Mühlenbruch-Glück Bd. 35. S. 76—89. Göschen § 850. Vangerow § 467. Arndts im Rtsl. l. c. S. 79—81.

---

39) L. 27 D. eod.: Ubi ita donatur m. c., ut nullo casu revocetur: causa donandi magis est, quam m. c. donatio. Et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio. Ideoque inter viros et uxores non valet. Et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in m. c. donatione.

40) Cit. l. 35 § 2 D. eod. verb.: ut nullo casu revocetur (cf. Anm. 1).

41) L. 18 pr. D. h. t.: M. c. capimus non tunc solum, quum quis suae mortis c., sed et si propter alterius mortem id faciat, veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea conditione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium.

Digitized by Google

I. Das Römische Recht hat neben dem gesetzlichen Erbrecht der Familie doch dem Dispositionsfähigen eine freie testamenti factio gegeben, wodurch er das Erbrecht der Familie aufhebt[1]. Indeß unterliegt dies freie Verfügungsrecht gewissen Schranken, welche man hinsichtlich der sui et postumi schon frühzeitig gezogen hat[2]. Während also sonst das Testament dem Gesetz vorgeht (cf. § 5), geht hier wiederum das Gesetz dem Testament vor. Diese Beschränkungen gereichen zu Gunsten der nächsten Familienglieder, nach dem neuesten Römischen Recht auch noch andrer, als der sui und postumi. Unter denselben hat ein Theil einen cumulativen Anspruch, nämlich

1. darauf, daß der Erblasser, sobald er eine Erbeinsetzung vornimmt, sei es in einem Testament, oder in einem seinen ganzen Nachlaß umfassenden Erbvertrage, bei der Erbeinsetzung ihrer **gedenke**. Dieser Pflicht genügt er nur entweder durch ihre gehörige Einsetzung, durch rite instituere, oder durch ihre Enterbung, durch rite exheredare. Es soll dadurch nur festgestellt werden, daß der Testator an diese Personen bei der Testamentserrichtung gedacht, daß er sie nicht vergessen habe. Das Gegentheil hiervon ist die Nichterwähnung derselben, Präterition.

Man nennt diese Pflicht des Testators die formelle, das Recht der betr. Personen das **formelle Notherbenrecht**, deshalb, weil hier gar nichts darauf ankommt, wie viel von seinem Nachlaß er materiell ihnen zuwendet.

2. Darauf, daß er, mag er nun eine Erbeinsetzung vornehmen oder nicht, sie **bedenke**, d. h. daß er ihnen materiell ein bestimmtes Quantum seines Vermögens hinterlasse: Pflichttheil, portio legitima. Das Gegentheil hiervon ist ebenfalls Enterbung, aber in dem Sinne der Ausschließung vom Pflichttheil.

Diese Verpflichtung des Testators heißt die materielle und das entsprechende Recht der resp. Personen **materielles Notherbenrecht** oder **Pflichttheilsrecht**.

---

1) L. 120 D. 50. 16: Verbis legis XII Tabularum his: „Uti Legassit Suae Rei, Ita Jus Esto", latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi.

2) Cit. l. 120 D. 50. 16: Sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium.

Digitized by Google

Ein andrer Theil jener berechtigten Personen dagegen hat nur das sub Nr. 2 genannte Pflichttheilsrecht. Im weitren Sinne werden beide Classen von Personen unter dem Namen „Notherben" zusammengefaßt und unterschieden in Notherben wegen Präterition und Notherben wegen Pflichttheils (Pflichttheilsberechtigte). Die Gesetze über die Rechte der Notherben bilden das Notherbenrecht im objectiven Sinne.

II. Ist nun das Recht eines Notherben durch das Testament verletzt, so erzeugt dieser Umstand das Recht auf eine (formale oder materielle) Erbfolge gegen den Willen des Testators; und zwar bald mit der stärkeren Wirkung, daß das ganze Testament umgestoßen, bald nur mit der geringeren, daß nur die Erbeinsetzung beseitigt wird.

Notherben sind mithin diejenigen Personen, welche das Gesetz gegen den Willen des Testators formell oder materiell zur Erbschaft beruft.

Mit den „Notherben" sind nicht zu verwechseln die „heredes necessarii" (cf. § 55 init.).

III. Das formale Notherbenrecht kann hiernach nicht verletzt werden, sobald Erblasser eine Erbeinsetzung überall nicht vornimmt.

Wohl aber kann er in diesem Falle das Pflichttheilsrecht verletzen. Seine Pflicht, gewissen Personen ein gewisses Quantum seines Vermögens materiell zu hinterlassen, verletzt er:

1. Wenn er seine pflichttheilsberechtigten Intestaterben durch Intestatcodicille oder Oralfideicommisse über ihren Pflichttheil hinaus mit Vermächtnissen belastet (cf. § 85 Nr. B. 1. C. b. § 132 Nr. 3.);

2. wenn er durch donationes seu mortis causa seu inter vivos ihnen den Pflichttheil schmälert (cf. § 132 Nr. 3.).

IV. Frei von der notherbenrechtlichen Pflicht, von der formellen wie von der materiellen, sind:

1. Wer ein privilegirtes Soldatentestament zu machen befugt ist und errichtet (cf. § 29 Nr. II. 5.).

2. Der Hausvater, der ein Pupillartestament macht (cf. § 46 Nr. II. E.).

3. Besondre notherbenrechtliche Vorschriften gelten bei der Quasipupillarsubstitution (cf. § 48 Nr. I. A. 5.).

V. Wir unterschieden oben ein formales Notherbenrecht gegen Präterition und ein materielles gegen Verletzung des Pflichttheils

Digitized by Google

Beide Systeme hat Justinian in einander verschmolzen durch Novelle 115, worin die Rücksicht auf die Ehre der Erbesernennung und die auf Hinterlassung eines materiellen Quantums des Nachlasses combinirt sind. Um zu den Resultaten des geltenden Rechts zu gelangen, ist es erforderlich, vorerst die hieher gehörigen, zum Theil etwas complicirten, Bestimmungen des ältren Rechts aufzufassen, um erst dann den wahren Inhalt der Novelle zu eruiren.

II. Notherbenrecht der Periode vor Novelle 115.

A. Präteritionslehre, formelles Notherbenrecht der sui, postumi, quasi postumi und emancipati. Civiles und prätorisches Recht.

§ 126.

1. Einsetzung und Exheredation.

Inst. de exheredatione liberorum (2. 13). Dig. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis (28. 2). Cod. de liberis praeteritis vel exheredatis (6. 28). Cod. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis vel praeteritis (6. 29).

van de Poll, De exheredatione et praeteritione Romana atque hodierna. Ed. 2. cap. 9—15. Ultrajecti 1712. (Aquiliani, Vellejani primi et secundi, Juliani, Corneliani etc.) Fein, De herede suo sub conditione instituto. Gött. 1777. Valett, Von der exheredatio ab omnibus gradibus in s. Abhdlg. Nr. 4. Pagenstecher, De agnatione postumi ad Ulp. fr. XXII. § 18 in Pomp. ad Sab. post. Lib. I. Buchholtz, Ueber bedingte Enterbung und Einsetzung der Kinder, in der Gieß. Zeitschr. Bd. XIII. Nr. 13. Heumann das. Bd. XIX. Nr. 10. Arndts § 598 Anm. 1. Puchta § 486. Brinz § 173. Sintenis § 195. Böcking Erbr. III. B. § 30. 70. Francke l. c. S. 1—129. Mühlenbruch-Glück Bd. 7. S. 278. Bd. 36. S. 189 ff. Bd. 37. S. 85 ff. Göschen § 851—853. § 855—857. Müller S. 734—735. S. 806—808. Vangerow § 468—471. Bering S. 373—383. Keller § 508—509. Köppen S. 96—101. Schmidt S. 1—62. Arndts im Rtsl Bd. 3. S. 884—902. Bd. 8. S. 81—84.

I. Die Bedeutung des formellen Notherbenrechts bestand in dieser Periode darin, daß der Testator in seiner letztwilligen Verfügungsgewalt hinsichtlich seiner Notherben blos formell beschränkt war. Errichtete er ein Testament und wollte er ihnen etwas zuwenden, so mußte er sie auf das zu Hinterlassende ausdrücklich zu Erben einsetzen, rite instituere. Wollte er ihnen aber nichts geben, so stand dies zwar ganz in seinem Belieben, nur mußte er sie ausdrücklich von der Erbschaft ausschließen, rite exheredare. Hatte er diese Formen beobachtet, so war die Ausschließung gültig, auch wenn er entweder gar keine Gründe, oder unwahre oder irrelevante dafür angeführt hatte.

Digitized by Google

Dies Recht entwickelte sich aus der Idee, daß der suus heres auch schon während des Lebens des Vaters eine Art von Miteigenthum an dessen Vermögen habe, bei seinem Tode also ipso jure Eigenthümer der väterlichen Hinterlassenschaft werde, woraus von selbst hervorgehen mußte, daß der Vater, um über sein Vermögen frei verfügen zu können, den suus erst aus diesem Miteigenthum hinaussetzen muß, exheredem scribere. Dies kann er kraft väterlicher Gewalt[1].

II. Die formellen Notherben dieser Periode sind

1. nach Civilrecht:

a. Die sui, d. i. diejenigen leiblichen oder nicht leiblichen Descendenten des Erblassers, welche zur Zeit der Testamentserrichtung in seiner väterlichen Gewalt stehen, jedoch nur die immediati sui, d. i. nur diejenigen sui, welche durch Erblassers Tod sui juris werden, also nicht z. B. die Kinder eines in seiner Gewalt befindlichen Sohnes, der beim Tode des Erblassers noch lebt.

b. Die postumi, d. i. diejenigen nach Testamentserrichtung geborenen leiblichen Descendenten des Erblassers, welche durch ihre Geburt seine filiifamilias immediati geworden sind, oder geworden sein würden, wenn sie vor Testators Tode geboren wären[2], also z. B. ein nachgeborener Sohn des Erblassers, ferner das nach Erblassers Tode geborene Kind seines in seiner Gewalt befindlichen vor ihm verstorbenen Sohnes.

c. Die quasi postumi (qui postumorum loco sunt, qui testatori quasi agnascuntur), d. i. diejenigen leiblichen oder nicht leiblichen Descendenten des Erblassers, welche nach Testamentserrichtung, aber auf andre Weise als durch Geburt, seine filiifamilias immediati geworden sind.

---

1) L. 11 D. 28. 2: In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. . . Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa, licet non sint heredes instituti, domini sunt. Nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat.

Gaj. II. § 157.

2) L. 3 § 1 D. 28. 3: Postumos . . dicimus eos duntaxat, qui post mortem parentis nascuntur. Sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum . . rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati.

Digitized by Google

α. Die nach Testamentserrichtung Adoptirten, Arrogirten und Legitimirten[3].

β. Sui mediati, welche durch successio in locum eines ausgefallenen suus immediatus filiifamilias immediati geworden sind, sei es, daß der suus immediatus durch Tod ausfällt oder auf andre Weise, z. B. durch Emancipation, in adoptionem datio[4].

γ. Das Kind, welches durch des Großvaters Tod filiusfamilias seines Vaters wird[5].

2. Nach prätorischem Recht alle diejenigen, welchen die B. P. intestati unde liberi zustand, also neben den bisher genannten vornämlich die emancipati (cf. § 3 Nr. II. B. 2 a. § 127).

Wollte nun diesen Personen gegenüber der Testator seinen Verpflichtungen genügen, und dadurch sein Testament gegen die Angriffe sichern, die aus einer Verletzung jener Formvorschriften entstehen konnten, so standen ihm zwei Wege offen. Er mußte dieselben entweder rite instituere oder rite exheredare. Was zum Einen oder Anderen erfordert ward, darüber Folgendes.

A. Das rite instituere

1. des suus.

a. Die Einsetzung muß eine directa heredis institutio sein, sei es auch auf eine noch so geringe Erbschaftsquote.

b. Die Erbeinsetzung darf unter keiner Bedingung geschehen, selbst nicht sub conditione impossibili vel turpi[6], obgleich dieselbe

---

3) Gaj. II. § 138: Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium, . . omnimodo testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.

Ulp. fr. XXIII. § 3. § 1 I. 2. 17.

4) L. 13 D. 28. 3: Postumorum loco sunt et hi, qui, in sui heredis loco succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes; ut ecce, si filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeam; quia filius gradu praecedit, is solus jura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius meus me vivo moriatur, aut qualibet ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisve in ejus loco succedere et eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur.

5) L. 28 § 1 D. 28. 2.

6) L. 15 D. 28. 7: Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si conditio non esset in ejus potestate.

Digitized by Google

sonst pro non scripta gehalten und die Erbeinsetzung als unbedingte angesehen wird (cf. § 37 Nr. II. D. E.), es müßte denn eine reine Potestativbedingung sein, die der Erbe beliebig zu jeder Zeit erfüllen kann, wohin die Römer besonders die Bedingung: „si volet" gezählt haben[7]. Gültig konnte eine bedingte Erbeinsetzung dann sein, wenn der filius suus auf den Fall des Nichteintritts der Bedingung (in contrarium casum, in defectum conditionis, sub contraria conditione) enterbt war[8]. Nur mußte dann noch beim Leben des suus die Bedingung sich entscheiden. Starb er vorher, so war das Testament nichtig. Man sagte, der Notherbe könne nicht post mortem suam exheredirt werden[9].

Töchter und Enkel (Sohnessöhne) dagegen, die sich in der Gewalt des Erblassers befanden, konnten auch unter einer Bedingung, deren Erfüllung nicht in ihrer Willkühr stand, gültig zu Erben eingesetzt werden, ohne auf den entgegengesetzten Fall enterbt zu werden[10]. Dieser Unterschied zwischen Söhnen und anderen sui heredes ist jedoch

---

7) L. 4 pr. D. 28. 5: Suus quoque heres sub conditione heres potest institui. Sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest. Et quidem sub ea conditione, quae est in potestate ipsius, potest.

L. 86 pr. D. eod.: Dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse: . . „si voluissent" . .; negatumque hoc casu necesse esse, sub contraria conditione filium exheredare.

L. 5—6 D. eod. L. 28 D. 28. 7.

8) Const. 4 Cod. 6. 25: Si pater filium, quem in potestate habebat, sub conditione, quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit, nec in defectum ejus exheredavit, jure testatus non videtur.

9) L. 28 pr. D. 28. 2: Filius, . . sub conditione, quae non est in ipsius potestate, heres institutus et in defectum conditionis exheredatus, decessit pendente etiam tunc conditione tam institutionis quam exheredationis. Dixi, heredem eum ab intestato mortuum esse, quia dum vivit neque ex testamento heres, neque exheredatus fuit.

L. 13 § 2 D. eod.: Testamentum, quod . . scribitur: „Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto", nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est.

L. 29 § 10 D. eod.: . . frustra exheredabitur post mortem suam.

10) L. 6 § 1 D. 28. 5: Nepotes autem et deinceps ceteri, qui, ex lege Velleja instituti, non rumpunt testamenta, sub omni conditione institui possunt.

L. 1 § 8 D. 38. 16.

Digitized by Google

im Justinianischen Codex der richtigen Ansicht nach beseitigt[11] (cf. Vangerow S. 269 Anm. 4.).

2. Mit der Institution des postumus und des quasi postumus hatte es ursprünglich seine eigenthümlichen Schwierigkeiten, weil man postumi, als incertae personae, Jahrhunderte lang nicht instituiren konnte (cf. § 22 Nr. A.). Daher brachte jeder postumus das Testament zu Falle. Erst später gestattete die Praxis deren Institution. Jedoch bedurfte es dazu theils durch die Jurisprudenz geschaffener, theils durch die Gesetzgebung und deren Ausdehnung gebildeter Formeln, deren Darstellung Sache der inneren Rechtsgeschichte ist. „Postumi legitimi oder juris antiqui, Postumi Aquiliani, Vellejani, Salviani oder Juliani etc.“ cf. Müller S. 734—735. Göschen § 856 und besonders die bei Vangerow S. 257—263 ausgeführte berühmte sog. lex Gallus (L. 29 D. 28. 2).

Nach Justinianischem Recht genügt auch in Bezug auf sie jeder dieselben nur überhaupt bestimmt bezeichnende Ausdruck[12]. In der heutigen Praxis gewöhnlich folgende Formel: „Ich setze meine etwa künftig entstehenden Notherben zu Erben ein“. Ist die Einsetzung eine bedingte, so wird das Testament rumpirt, sobald zur Zeit, da der postumus erscheint, die Bedingung noch pendirt und derselbe nicht unter der entgegengesetzten Bedingung enterbt ist. Nicht rumpirt wird es dagegen, wenn sie zu dieser Zeit schon erfüllt ist[13].

B. Das rite exheredare

1. der sui ist nach den Pandecten eine reine Förmlichkeit.

---

11) § 5 I. 2. 13: Nostra vero constitutio, inter masculos et feminas in hoc jure nihil interesse existimans, ideo simplex ac simile jus et in filiis et in filiabus et in ceteris descendentibus per virilem sexum personis . . introduxit.

Cit. const. 4 Cod. 6. 28 (cf. Anm. 15).

12) Const. 4 Cod. 6. 29: Quidam . . his verbis usus est: „si filius vel filia intra decem mensium spatium post mortem meam editi fuerint, heredes sunto“, vel ita dixit: „filius vel filia, qui intra decem menses proximos mortis meae nascantur, heredes sunto“ . . . ex neutra hujusmodi verborum compositione ruptum fieri testamentum videtur, sed . . maneat testatoris voluntas immutilata.

13) L. 22 D. 28. 2: Quum postumus sub conditione instituitur, si, priusquam nascatur, conditio exstiterit, non rumpitur testamentum postumi agnatione.

L. 24 D. eod.: Postuma sub conditione heres instituta, si pendente conditione vivo patre nascatur, rumpit testamentum.

Digitized by Google

Auf Gründe der Enterbung kam es nicht an. Indeß liegt es nicht im Begriff der Exheredation, daß der Enterbte materiell nichts haben soll. Ihm können reichliche Legate hinterlassen sein. Nur die Form, Erbe zu sein, ist ausgeschlossen.

a. Vor Justinian müssen Söhne nominatim enterbt werden. Für Enterbung von Töchtern und Sohneskindern genügt eine exheredatio inter ceteros[14]. Formel: „ceteri omnes exheredes sunto", „niemand sonst soll Erbe sein". Nach Justinian ist stets nominatim zu enterben[15], d. i. mit bestimmter Bezeichnung der zu enterbenden Personen. Dazu genügt jedoch eine Bezeichnung ohne nomen proprium[16], ja auch eine Collectivbezeichnung, z. B. „alle meine Descendenten", „alle meine Enkel" (sollen enterbt sein)[17].

b. Weil die Exheredation einen Grund nicht verlangte, so suchten die Juristen sie, als etwas Gehässiges und rechtlich nicht zu Begünstigendes, einzelnen Falls durch jede mögliche Spitzfindigkeit für ungültig zu erklären. So z. B. sagten sie: Der suus müsse von der ganzen Erbschaft enterbt werden. Stand daher im Testament: „filio domum do lego, a cetera hereditate exheres esto", so sei

---

14) Ulp. fr. XXII. § 20: Filius, qui in potestate est, si non instituatur heres, nominatim exheredari debet, reliqui sui heredes utriusque sexus aut nominatim aut inter ceteros.

Pr. I. 2. 13: . . qui filium in potestate habet, curare debet, ut . . instituat vel exheredem nominatim faciat . . Sed non ita de filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus liberis . . Sed si non fuerant scripti heredes . . vel exheredati . ., testamentum non infirmabatur. Jus autem accrescendi iis ad certam portionem praestabatur. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteras hoc facere.

15) Const. 4 § 1 Cod. 6. 28: Sancimus, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance mares et feminae vocantur, ita et in scriptura testamentorum eos honorari et similibus verbis exheredationes nominatim procedere.

§ 5 I. 2. 13: . . omnes . . vel heredes instituantur vel nominatim exheredentur.

16) § 1 I. 2. 13: Nominatim autem quis exheredari videtur, sive ita exheredetur: „Titius filius meus exheres esto", sive ita: „filius meus exheres esto", non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.

17) Nach Analogie von § 1 I. 2. 13 cit. in Anm. 28.

Digitized by Google

die Enterbung nichtig[18]. Oder z. B. ich habe 3 Söhne; sterbe ich, so bekommt jeder ⅓. Den Sohn A. enterbe ich „zu seinem Drittel". Das sei ungültig.

c. Die Enterbung darf nicht bedingt geschehen[19]. Nur kann das Kind unter der entgegengesetzten Bedingung enterbt werden, als unter welcher es eingesetzt ist. Denn mag hier die Bedingung erfüllt werden oder nicht, das Kind ist entweder eingesetzt oder enterbt, also der Vorschrift genügt[20]. Auch macht es keinen Unterschied, ob das Kind zunächst unter einer Bedingung enterbt, und dann unter der entgegengesetzten eingesetzt, oder umgekehrt zunächst unter einer Bedingung eingesetzt und dann unter der entgegengesetzten enterbt ist. Die Enterbung kann überhaupt der Erbeinsetzung eben so wohl vorgehen, als nachfolgen (cf. Arndts im Rtsl. Bd. 3 S. 892). Die eventuelle Einsetzung ist aber ausdrücklich auszusprechen. Eine Einsetzung versteht sich nie von selbst. Nie kann sie stillschweigend geschehen (cf. § 41 Nr. II.).

d. Die exheredatio darf nicht post aditam hereditatem geschehen, sondern der Sohn muß vorher entsetzt sein. Wenn es daher im Testamente heißt: „A. soll Erbe sein, und wenn er es wird, mein Sohn enterbt sein", so war die Erbeinsetzung nichtig und damit das

---

18) L. 19 D. 28. 2: Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adjecit: „et in cetera parte exheres mihi erit", et quaeretur, an recte exheredatus videretur? Scaevola respondit: „non videtur", et adjiciebat: ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur; aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae.

19) L. 3 § 1 D. 28. 2: Pure . . filium exheredari Julianus putat, qua sententia utimur.

L. 18 pr. D. 37. 4: Certo . . judicio liberi a parentium successione removendi sunt.

20) L. 86 pr. D. 28. 5: . . dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse . . „si voluissent", . . „si heredes non essent", alium, quem visum erit, eis substituere. Negatumque, hoc casu necesse esse sub contraria conditione filium exheredare: primum quia tunc tantum id exigeretur, cum in potestate ejus non esset, an heres patri existeret, exspectantis extrinsecus positae conditionis eventum; deinde quod et si, quacunque posita conditione, deberet filius sub contraria conditione exheredari, in proposito ne possibilis quidem reperire posset . . .

Cit. const. 4 Cod. 6. 25 (cf. Anm. 8).

Digitized by Google

Testament, während es gültig war, wenn die Worte: „und wenn er es wird", fehlten[21].

e. Die Enterbung darf nicht auf die Zeit nach dem Tode des Enterbten hinausgestellt sein, indem die Enterbung nach dem Tode widersinnig wäre; cit. l. 13 § 2 D. l. 28 pr. D. 28. 2 (Anm. 9).

f. Hat der Testator Grade der Erbeinsetzung gemacht (substitutio), so mußte sich die exheredatio auf alle Grade beziehen (exheredatio ab omnibus gradibus), d. h. die Exheredation durfte nicht durch ihre Fassung und Stellung im Testamente blos auf die Institutionen sich beschränken oder blos auf die Substitutionen, sonst war der andre Grad nichtig, auf den sie sich nicht bezog[22]. Wird aber die Exheredation vor[23] oder zwischen[24] oder, nach spätrem Recht, auch nach[25] allen Graden, also vor bez. zwischen oder nach allen Einsetzungen gemacht: so wird sie so angesehen, als wäre sie ab omni gradu geschehen, exheredatio ante, inter et post omnes gradus.

---

21) L. 3 § 2 D. 28. 2: . . „Quisquis mihi (heres) erit filius, exheres esto" . . hujusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod impossibile est.

L. 68 D. 28. 5: . . „Titius heres esto; et quum heres erit Titius, filius exheres esto": nullius momenti esse exheredationem.

22) L. 3 § 6 D. 28. 2: Si ita testatus sit . . ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo loco exheredaret: Sabinus . . putant, peremto primo gradu, testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est. Quae sententia comprobata est.

L. 8 D. eod.

23) L. 3 § 3 D. 28. 2: Ante heredis institutionem exheredatus ab omnibus gradibus summotus est.

24) L. 3 § 4 D. eod.: Inter duos gradus exheredatus ab utroque remotus est. § 5. In eo, qui miscuit duos gradus, exheredationem valere.

25) Const. 1 Cod. 6. 28: Quum post omnes heredum gradus exheredatio scribatur, si adjiciat testator, ab omnibus se gradibus exheredare, non dubitatur juri satisfactum. Et ideo, etiamsi id non adjiciatur, appareat tamen, eum cum eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret, recte factum testamentum videtur. Proinde quum paterfamilias, filiis institutis et invicem substitutis, filiam exheredaverit, intelligendus est, exheredationem ab utroque gradu fecisse. Nam quum iidem heredes instituti sunt, nulla ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse.

Digitized by Google

Ist der suus übrigens im ersten Grade instituirt, so kann er in den folgenden präterirt werden[26].

Die sub Nr. b—f. ausgeführten Bestimmungen waren ausgedacht, um die willkührlichen Exheredationen zu beschränken. Es ist aber unjuristisch, sie auf Justinian's Legislation anzuwenden, die eine Enterbung aus gesetzlichen Gründen verlangt, eine solche aber für gültig erklärt, sobald die Wahrheit des Grundes bewiesen wird (cf. § 136 Nr. II. III.).

2. Für das rite exheredare der postumi und quasi postumi galten im Ganzen dieselben Erfordernisse, wie für das der sui. Während jedoch bei sui, welche Töchter oder Sohneskinder sind, eine exheredatio inter ceteros genügte[27], mußten postume Sohnes-Söhne nominatim exheredirt werden[28] und nur weibliche postumi konnten es inter ceteros, vorausgesetzt, daß sie ein Legat erhielten[29].

Nach Justinian müssen postumi bei ihrer Enterbung ohne Unterschied nominatim, d. i. nur bestimmt, bezeichnet sein[30].

Enterbe ich einen extraneus, der möglicherweise mir ein quasi postumus werden könnte und späterhin adoptire ich ihn, z. B. den Sohn meines Bruders: so ist nach erfolgter Adoption die Exheredation ohne Nachtheil für ihn. Denn zu der Zeit, wo sie erfolgte, war sie überflüssig und nichtssagend, weil jener damals ja weder mein suus noch mein postumus war. Darum war sie damals unwirksam. Wird er nun später auch adoptione mein quasi postumus: so kann doch jene von

---

26) L. 14 § 1 D. 28. 2: . . si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari.

L. 4 § 2 D. 28. 5.

27) Cit. Ulp. fr. XXII. § 20. Cit. pr. I. 2. 13 (cf. Anm. 14).

28) § 1 I. 2. 13: Masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredarentur, hoc scilicet modo: „quicunque mihi filius genitus fuerit, exheres esto".

Ulp. fr. XXII. § 21.

29) § 1 I. 2. 13: . . feminini . . sexus personae vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant, dum tamen, si inter ceteros exheredantur, aliquid iis legetur, ne videantur praeteritae esse per oblivionem. Masculos vero . . (cf. Anm. 28).

30) § 5 I. 2. 13: Nostra vero constitutio (const. 4 Cod. 2. 13) . . non solum natis, sed etiam postumis, introduxit, ut omnes vel instituantur, vel nominatim exheredentur.

Cit. § 1 I. eod. (cf. Anm. 28). Cit. const. 4 § 1 Cod. 6. 28 (cf. Anm. 15).

Digitized by Google

Anfang an nichtige Exheredation nicht ex postfacto convalesciren[31].

III. Fehlte der Testator gegen die sub Nr. II. A. B. ausgeführten Formverbindlichkeiten, so hieß das Kind präterirt. Praeteritio ist es daher namentlich nicht nur:

1. Wenn das Kind ganz mit Stillschweigen übergangen ist, sondern auch:

2. Wenn der Testator es blos bedingt einsetzt, ohne es für den Fall des Nichteintritts der Bedingung zu exherediren.

3. Wenn er es blos bedingt exheredirt, ohne es für den Fall des Nichteintritts der Bedingung zu instituiren.

4. Wenn er z. B. Söhne inter ceteros exheredirt.

5. Wenn er Söhnen oder Töchtern blos Vermächtnisse gab, sie aber weder zu Erben einsetzte, noch exheredirte.

IV. Gegen andre Descendenten, z. B. gegen Tochterkinder, hatte der männliche Erblasser gar keine Form zu beobachten. Ebensowenig eine Erblasserin gegen irgend einen ihrer Descendenten. Beide nicht gegen Ascendenten. Hier war jede Präterition eine gültige Ausschließung und das Testament war wirksam. Auch hatten alle hier Genannten überhaupt, also auch umgekehrt, gegen einander kein Notherbenrecht.

§ 127.

2. Präterition.

Dig. de bonorum possessione contra tabulas (37. 4). Cod. de bonorum possessione contra tabulas, quam praetor liberis pollicetur (6. 12).

Sartorius, De B. Pione, quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt. Lips. 1775. Foerster, De B. Pione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum. Vratisl. 1823. Leist B. P. Bd. II. Abth. 1. S. 28 ff. Uhrig, Ueber die Wirkung der B. P. contra tabulas. Würzburg 1844. Fabricius, Ursprung und Entwickelung der B. P. S. 104 ff. S. 216 ff. Arndts § 598 Anm. 2. Puchta § 487. Böcking Erbr. III. B. § 71. Francke S. 121 ff. Bluntschli S. 60 ff. Mühlenbruch-Glück Bd. 37. S. 1 ff. Göschen § 854. § 858—861. § 989—990. Müller S. 809—813. Wangerow § 472—473. Vering S. 594—600. Keller § 510. Köppen S. 101—105. Schmidt S. 65—150. Arndts im Rtöl. Bd. 8. S. 85—95.

---

31) L. 8 § 8 D. 37. 4: . . in extraneo . . probat, ut exheredatio ei, arrogato postea, non noceat vergl. mit

L. 8 § 7 D. eod.: Si quis emancipatum filium exheredaverit, eumque postea arrogaverit, . . ait, jura naturalia in eo praevalere, idcirco exheredationem nocere.

Digitized by Google

Bei den Wirkungen der Präterition müssen wir unterscheiden:

I. Wirkungen der Präterition nach Civilrecht.

1. Präterition eines suus;

a. eines Sohnes. Das ganze Testament mit allen seinen Anhängen war von Anfang an null und nichtig: sog. nullitas juris veteris[1]. Die Ansicht der Proculejaner, welche diese Nichtigkeit nicht unbedingt eintreten lassen wollten, drang nicht durch[2]. Das Testament heißt nullum, injustum, non jure, auch inutiliter factum[3]. Daher trat Intestaterbfolge ein[4]. Der Präterirte hatte die hereditatis petitio ab intestato. Er konnte auch eine B. P. contra tabulas nachsuchen[5]. Dann hatte er das interdictum quorum bonorum. Das Testament war seinem ganzen Inhalte nach nichtig und blieb es auch, wenn der Sohn später wieder wegfällt. Ein früheres, gültig errichtetes, Testament ward durch dasselbe nicht aufgehoben[6].

b. Präterition der übrigen sui, Töchter, Enkel ꝛc. Hier tritt eine etwas künstliche Behandlung ein. Man läßt das Testament zwar bestehen, aber die Präterirten treten als Miterben ein, scriptis heredibus accrescunt: und zwar anderen suis in partem virilem. Z. B. ich setze 2 Enkel ein und übergehe eine Tochter, so bekommt sie ⅓. Extraneis dagegen in partem dimi-

---

1) Pr. I. 2. 13: . . qui filium in potestate habet, ut eum heredem vel exheredem nominatim faciat: alioquin si cum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut, etsi vivo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum.

Ulp. fr. XVII. § 16.

2) Gaj. II. § 123: . . diversae scholae . . existimant, non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

3) L. 30 D. 28. 2: . . filio, qui in potestate est, praeterito, inutile est testamentum.

Cit. l. 3 § 3 D. 28. 3 (cf. Anm. 10).

4) L. 32 D. eod.: Si, filio emancipato exheredato, is, qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus venient.

5) L. 15 pr. D. 37. 4: . . si heredem petentem debitum noluerit filius repellere illa exceptione: si non contra tabulas B. P. filio dari potest . . .

6) L. 7 D. 28. 2: Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur.

Digitized by Google

diam. Z. B. ich setze 3 oder 4 extranei ein und übergehe eine Tochter, so erhält sie nicht $^1/_4$, oder $^1/_5$, sondern $^1/_8$[7].

In der in § 5 I. 2. 13 referirten const. 4 Cod. 6. 28 setzte Justinian fest, daß die Unterschiede des Geschlechts und der Grade im Notherbenrecht dergestalt aufgehoben sein sollten, daß alle sui wie der Sohn zu behandeln seien[8]. Dadurch ward dies Accrescenzrecht der Töchter ꝛc. aufgehoben. Das Testament ist also stets seinem ganzen Umfange nach nichtig, wie beim filius suus.

2. Präterition eines postumus oder quasi postumus. Hier war das Testament zwar von Anfang an gültig und vernichtet ein etwaiges früheres Testament[9]. Mit dem Erscheinen des postumus aber ward es von selbst mit seinem ganzen Inhalte null und nichtig und es trat wieder nullitas juris veteris und Intestaterbfolge ein. Das Testament ward agnatione vel quasi agnatione postumi ruptum[10].

Die civilrechtliche Wirkung der Präterition ist also am Schluß dieser Periode überall nullitas juris veteris.

---

7) Ulp. fr. XXII. § 17: Reliquae vero personae liberorum, velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint, valet testamentum. Scriptis heredibus accrescunt, suis heredibus quidem in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam.

Cit. pr. I. 2. 13 (cf. § 126 Anm. 14).

8) § 5 I. 2. 13 (cf. § 126 Anm. 30): . . eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive, adhuc in utero constituti, postea nati sint.

9) L. 3 § 4 D. 28. 3: Si sit ante hoc aliud testamentum . . : placet, si . . nascatur (sc. postumus) . ., utrumque ruptum esse, et superius per inferius et inferius per postumum.

10) Ulp. fr. XXII. § 18: Postumi . . liberi cujuscunque sexus omissi, quod voluit testamentum, agnatione rumpunt.

Fr. XXII. § 2—3.

§ 1 I. 2. 13: . . In eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex ceteris liberis (sive feminini sexus sive masculini) praeterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi . . rumpitur . . et ea ratione totum infirmatur.

L. 3 § 3 D. 28. 3: Ex his apparet, aliam causam esse filiorum superstitum, aliam posteriorum, illi injustum faciunt, hi rumpunt illi semper, hi, si nascantur, nec inveniant se exheredatos.

Const. 1 Cod. 6. 29: Uxoris abortu testamentum mariti non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum, juris evidentissimi est.

§ 2 I. 2. 13. Gaj. II. § 130—138.

Digitized by Google

II. Wirkungen der Präterition nach prätorischem Recht.

1. Wirkungen der Präterition der civilen Notherben. B. P. secundum tabulas (cf. Vangerow § 473).

Schon im alten Recht wurden Testamente, die wegen Präterition eines filius suus ungültig waren, vom Prätor zuweilen aufrecht erhalten, wenn der Notherbe weggefallen war. Man streitet in welchen Fällen. Lebte der Präterirte beim Tode des Vaters, so war er ipso jure heres. Er hatte die hereditatis petitio ab intestato, konnte aber auch eine B. P. contra tabulas nachsuchen. That er dies nicht, suchte vielmehr der im Testament Eingesetzte die B. P. secundum tabulas nach, so war diese gegen ihn ohne alle Wirkung; sie war sine re. Verzichtet der Präterirte auf die Erbschaft, abstinirt er oder ist er schon vor dem Testator gestorben, dann fragt sich: ob der im Testament Eingesetzte durch die B. P. secundum tabulas erbt? oder ob der folgende Intestaterbe berufen wird?

a. Entschieden ist durch ein Rescript Hadrian's, daß, wenn ein postumus das ursprünglich gültige Testament rumpirt und derselbe vor dem Testator wieder wegfällt, das Testament durch B. P. secundum tabulas erhalten wurde[11].

b. Das wegen Präterition des filius suus von Anfang an ungültige Testament wird, wenn er wieder wegfällt, nach l. 12 D. cit., nur dann durch B. P. erhalten, wenn die nächsten Intestaterben selbst drin eingesetzt sind. Dies ist wesentlich nur für die Legate von Wichtigkeit, die dadurch erhalten werden; denn diese muß der Intestaterbe zahlen, auch wenn er ab intestato die Erbschaft antritt, sobald er ex testamento succediren konnte.

c. Gestritten ist über den Fall, wenn der Präterirte den Vater überlebt, aber von der Erbschaft abstinirt. Man hat sich auf l. 17 D. 28. 3 berufen[12], welche die Eingesetzten zwar zur B. P. secun-

---

11) L. 12 pr. D. 28. 3: Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen . . B. Pionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit . .

12) L. 17 D. 28. 3: Filio praeterito, qui fuit in patris potestate neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit. Quodsi bonis se patris abstinuit: licet

Digitized by Google

dum tabulas zuläßt, jedoch nur für den Fall, wenn die Intestaterben selbst eingesetzt sind. Also beweist die Stelle nichts. In Folge der prätorischen Abstinenz gilt der suus dem Prätor nur noch pro forma als Erbe des Vaters, materiell gilt er nicht mehr als Erbe (cf. § 55). Inzwischen ist das Testament einmal sei es ab initio nullum, sei es agnatione postumi ruptum, und kann durch das postfactum der Abstinenz nicht convaleseiren. Also tritt vor dem Prätor unbedingt Intestaterbfolge ein.

2. Wirkungen der Präterition der jure civili nicht berechtigten Notherben. B. P. contra tabulas. Nur prätorisches Notherbenrecht haben unter den liberi diejenigen, welche weder sui noch postumi noch quasi postumi sind, also namentlich die emancipati und die Kinder eines emancipirten Sohnes. Auch für diese Notherben befolgt der Prätor den Satz des Civilrechts: „aut instituantur aut exheredentur“[13]. In drei anderen Stücken dagegen weicht er für sie von den Sätzen des civilen Notherbenrechts ab.

a. Die Institution der nur prätorischen Notherben, also z. B. der emancipati, gestattet der Prätor auch unter einer nicht-potestativen Bedingung ohne exheredatio in contrarium casum und zwar mit der Wirkung, daß der sub conditione institutus schon pendente conditione eine B. P. nachsuchen kann, nämlich die B. P. secundum tabulas[14].

---

subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.

13) Ulp. fr. XXVIII. § 2: Contra tabulas B. P. datur liberis emancipatis testamento praeteritis, licet legitimo jure non ad eos pertineat hereditas.

L. 1 § 6 D. 37. 4: Et sui juris factos liberos inducit in B. Pionem Praetor, sive igitur emancipati sunt, sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad B. Pionem . . .

L. 3 D. eod.: Non tantum ipsi . . emancipati admittuntur ad B. Pionem, verum hi quoque, qui ex his nati sunt.

L. 4 § 2 D. 37. 4: Ad testamenta feminarum Edictum contra tabulas B. Pionis non pertinet, quia suos heredes non habent.

Gaj. II. § 135. § 9. 12 I. 3. 1. Cit. § 3 I. 2. 13 (cf. Anm. 15).

14) L. 3 § 13 D. 37. 4: Si sub ea conditione filius emancipatus sit heres institutus, quae in ipsius potestate non est, quia scriptus heres est, B. Pionem secundum tabulas accipere potest et debet, nec contra tabulas potest. Et si forte defecerit conditio, tuendus erit a Praetore in tantum, quantum ferret, si contra tabulas B. Pionem accepisset.

Digitized by Google

b. Enterbung. Die nur prätorischen Notherben männlichen Geschlechts sind sämmtlich nominatim zu exheredirn, die weiblichen Geschlechts können inter ceteros exheredirt werden[15]. Die sonstigen civilen Regeln über Enterbung befolgte der Prätor auch für seine Notherben[16].

c. Wirkung der Präterition. Die nullitas juris veteris war eine Unbeholfenheit. Sie geht weiter als der practische Sinn des Instituts. Der Prätor schafft daher nicht etwa eine prätorische Nichtigkeit. Er schlägt einen sachgemäßeren Weg ein. Er erklärt das Testament, das den prätorischen Notherben verletzt, auch nach prätorischem Recht ipso jure für gültig und nur für anfechtbar durch das Rechtsmittel der B. P. contra tabulas.

α. Ipso jure gültig. Daher kann der im Testament eingesetzte Erbe B. P. secundum tabulas agnosciren. Daher bleibt dasselbe gültig und verliert zugleich seine Anfechtbarkeit, wenn der Präterirte vor dem Testator starb, oder auf die B. P. contra tabulas verzichtet.

β. Anfechtbar durch B. P. contra tabulas. Binnen eines annus utilis kann der Präterirte die B. P. contra tabulas agnosciren, mit der er dem Testamentserben die Erbschaft entreißt, dieser mag nun ex jure civili oder agnita B. Pione secundum tabulas die Erbschaft angetreten haben. Durch die Anfechtung wird das Testament selbst nicht vernichtet. Intestaterbfolge tritt nicht ein. Das Testament bleibt in Kraft; nur setzt sich der Anfechtende hinein. Er

---

15) § 3 I. 2. 13. Emancipatos liberos jure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes. Sed Praetor omnes, tam feminini sexus, quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari jubet, virilis sexus nominatim, feminini vero inter ceteros. Qui si neque heredes instituti fuerint, neque ita, ut diximus, exheredati, promittit iis praetor contra tabulas testamenti B. Pionem.

16) L. 18 pr. D. 37. 4: . . sub conditione exheredatus contra tabulas B. Pionem petet.

L. 8 § 1 D. eod.: Aliqua parte tabularum heredem scribi non sufficit, sed eo gradu, contra quem petitur B. P. Unde, si a primo gradu exheredatus sit filius, a secundo praeteritus, et primo gradu scripti non petierint B. Pionem: poterit contra tabulas accipere B. Pionem. § 3. Si ab uno ex heredibus sit filius exheredatus, . . scribit . . filium non videri exheredatum. Idcirco contra tabulas B. Pionem peti posse contra utrumque heredem. § 5 eod.

Digitized by Google

setzt einen neuen Inhalt in das Testament. Er setzt sich an die Stelle des in demselben Eingesetzten. Die B. P. contra tabulas ist eine B. P. quasi ex testamento[17]. Dies zeigt sich an folgenden Wirkungen der Anfechtung durch B. P. contra tabulas:

1. Eine exheredatio rite facta bleibt in Kraft. Würde das Testament vernichtet, so würde jeder exheredirte Notherbe ab intestato mit berufen werden. Er bleibt aber ausgeschlossen.

2. Unter den im Testament enthaltenen Legaten bleibt ein Theil in Kraft, während die übrigen durch die B. P. contra tabulas vernichtet werden. In Kraft bleiben jene, welche der Erblasser seinen Ascendenten und Descendenten hinterließ[18].

Selbst der Erbtheil, der diesen etwa gegeben ist, wird aufrecht erhalten.

Jedoch darf solche Hinterlassung an Personen, welche nicht Notherben sind, nicht mehr als eine Virilportion der Erbschaft betragen, d. h. zusammen nicht mehr als der einzelne Notherbe bekommt[19].

Auch das praelegatum dotis bleibt gültig, d. h. ein Legat, wodurch der Erblasser eine ihm zugebrachte Dos der Frau zurückvermacht[20].

3. Auch die Pupillarsubstitution bleibt in Kraft, sobald das angefochtene Testament nur nicht civilrechtlich ungültig wird, namentlich, wenn nur einer der Eingesetzten die Erbschaft antritt oder ipso jure Erbe wurde[21]. Nur nicht zu Gunsten dessen, der die B. P. contra tabulas erbeten hat[22].

---

17) § 1 I. 2. 13: Sunt . . B. Piones ex testamento . . hae: prima, quae praeteritis liberis datur vocaturque „contra tabulas"; secunda . . vocatur „secundum tabulas" (cf. Schmidt S. 87 med.).

18) L. 1 pr. D. 37. 5: . . ut, qui judicia patris rescindunt per contra tabulas B. Pionem, ex judicio ejus quibusdam personis legata . . praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum. § 1—3 eod.

L. 3 § 1 D. eod.: Liberis autem et parentibus Praetor prospexit. Non etiam fratri et sorori conservavit legatum.

19) L. 6—8 D. 37. 5.

20) L. 8 § 3 D. eod.: Si quid uxori nuruique fuerit legatum praeter dotem, accepta contra tabulas B. Pione non praestabitur.

L. 15 § 3 D. eod.

21) Cit. l. 34 § 2 D. 28. 6 (cf. § 47 Anm. 14).

22) L. 22 D. eod.: Is, qui contra tabulas testamenti patris B. Pionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione.

Digitized by Google

4. Alle Institutionen dagegen werden vernichtet, sowohl die von etwaigen Mitnotherben des Anfechters, als die von extraneis. (Mit der ebengedachten Ausnahme zu Gunsten von Ascendenten und Descendenten.) Sobald neben einander mehre Notherben vorhanden sind, von denen einer präterirt ist, die übrigen aber instituirt sind, steht die B. P. contra tabulas nicht nur dem Präterirten zu, sondern auch den Instituirten. Für letztre ist sie B. P. contra tabulas commisso per alium edicto[23]. Sie steht ihnen zu, bevor noch der Präterirte die ihm zustehende agnoscirte (cf. Schmidt S. 91 not. 77 i. f.). Die so zur Erbschaft Gelangenden theilen nun unter einander nach Intestaterbquoten[24]. Verzichtet aber der Präterirte auf die B. P. contra tabulas, so werden die Eingesetzten wieder als Testaments-Erben behandelt und zwar als B. Pores secundum tabulas, obgleich sie die B. P. contra tab. commisso per alium edicto schon nachgesucht haben[25]. Also gelten nunmehr wieder ihre testamentariae portiones hereditatis.

Zur Begründung der B. P. contra tabulas ist nicht nöthig, daß der im Testament Eingesetzte die Erbschaft antritt. Beim Tode des Testators muß nur ein gültiges Testament vorhanden sein und mindestens einer der Testamentserben noch leben[26].

---

23) L. 3 § 11 D. h. t.: Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas B. Pionem admitti non debet . . Plane si alius committat edictum, et ipse ad contra tabulas B. Pionem admittitur.

L. 10 § 1 D. eod.: Si filius, in adoptionem datus avo materno, heres institutus sit a patre naturali, commisso per alium edicto, magis est, ut B. Pionem accipere possit.

24) L. 8 § 14 D. 37. 4: Praetori propositum est, cum contra tabulas B. Pionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas, intestato patre mortuo, in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset.

25) L. 14 pr. D. 37. 5: Nonnunquam contra tabulas B. Pionem quis habet jure secundum tabul. B. Pionis. Utputa: heres institutus est emancipatus filius: alius emancipatus praeteritus; institutus accepit contra tabulas B. Pionem; praeteritus omisit. Apertissimum est, ut cogatur, omnibus perinde legata praestare, atque si commissum Edictum non fuisset.

26) L. 4 pr. D. 37. 4: . . B. P. contra tabulas, quae liberis promittitur, locum habet, sive quis heres extiterit sive non. Et hoc est, quod dicimus, contra ipsum testamentum liberis competere B. Pionem.

L. 19 D. eod.: . . ut sufficiat, extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas B. P. peti

Digitized by Google

Die B. P. contra tabulas ist ein selbstständiger modus succedendi neben Intestat-Erbfolge und testamentarischer.

Uebrigens hat nicht nur der blos prätorische Notherbe die B. P. contra tabulas, sondern auch der civile Notherbe.

B. Pflichttheilsrecht oder materielles Notherbenrecht. Auctorität des Centumviralgerichtshofs zu Rom.

Inst. de inofficioso testamento (2. 18). Dig. de inoff. testamento (5. 2). Cod. de inoff. testamento (3. 28).

Westenberg, Diss. IV. de portione legitima liberis, parentibus et fratribus relinquenda (in Opp. Tom. II.). Chiflet, De portionibus legitimis lib. sing. in Otton. thes. V. p. 722 sq. Stein, Versuch einer theor. pract. Abhdlg über die Lehre des römischen Rechts von pflichtwidrigen Testamenten und den Rechtsmitteln wider dieselben. Erlangen 1798. Möller, Die Lehre vom Pflichttheil. Sulzb. 1801. 1806. Schrader, De nexu successionis ab intestato et querelae inoff. testamenti. Gottingae 1802. Cralle, Comment. hist. jur. de portione legitima. Bon. 1820. Valett, Das Recht der nothwendigen testamentarischen Berücksichtigung gewisser Verwandten oder das sogen. Notherbenrecht pract. dargestellt. Göttingen 1826. Hoelzel, De querela inoff. test. Cracoviae 1828. Zumpt, Das Centumviralgericht. Berlin 1838. Zimmern, Aus der Lehre von der Beschwerde über lieblose Ausschließung in seinen und Neustetel's Untersuchungen. Nr. 3. Arndts Art. Pflichttheils- und Notherbenrecht im Rtsl. Bd. 8. S. 122—170.

§ 128.

1. Einleitung.

Arndts § 591. Puchta § 485. Brinz § 202. Sintenis § 196. Böcking Grdr. III. B. § 72. Mühlenbruch-Glück Bd. 6. § 543. 545. Mayer § 84. Roßhirt testam. Erbrecht. Bd. I. S. 15 ff. Francke S. 167—172. Göschen § 874. Müller § 203. Vangerow § 467. Bering S. 387—388. Keller § 511. Köppen S. 107—112. Arndts im Rtsl. l. c.

Im Unterschiede von dem bisher geschilderten formellen Notherbenrecht beruht das Pflichttheilsrecht auf einer vollendeteren Auffassung des sittlichen Princips der Familienliebe. Dasselbe beruht auf dem Gedanken, es sei eine heilige Pflicht der Liebe und Pietät, ein officium pietatis (L. 2 D. 5. 2 cit. in Anm. 3), die durch Bande des Bluts zunächst verwandten Personen im letzten Willen auch materiell zu bedenken. Hat der Erblasser nicht triftige Gründe für

---

potuit . . Si vel omnes instituti . . ante testatorem decesserint, vel is scriptus heres fuit, cum quo testamenti factio non fuit: peti contra tabulas inane est, quae sine effectu foret.

L. 8 § 5 D. eod.: Si post mortem testatoris decesserint heredes scripti . . Marcellus putat, contra tabulas B. Pionem semel natam competere.

Digitized by Google

eine Unterlassung dieser materiellen Bedenkung, so muß solche Unterlassung als Verletzung einer Liebespflicht erscheinen, als Lieblosigkeit und Pflichtwidrigkeit. Das Testament, das sie begeht, ist ein testamentum inofficiosum[1]. Gegen solche Testamente half nun dem lieblos ausgeschlossenen Blutsverwandten der Centumviralgerichtshof[2] zu Rom aus Rücksichten der aequitas und der Sitte, indem man den lieblosen Erblasser als wahnsinnig fingirte, color insaniae[3].

Die Auctorität der Urtheilssprüche dieses Gerichtshofes hat gegen Ende der Republik eine förmliche Rechtstheorie ausgebildet für die Klage über Lieblosigkeit des Testaments, querela inofficiosi testamenti; indem festgestellt ward:

1. Wer Anspruch habe auf die materielle Bedenkung? (cf. § 129.)

2. Auf ein wie großes Quantum des Nachlasses dieser Anspruch sich erstrecke? (cf. § 130.)

3. Unter welchen Voraussetzungen derselbe Statt finde? (cf. § 133.)

4. Daß nur aus triftigen Gründen eine Ausschließung gestattet sei (cf. § 133).

§ 129.

2. Pflichttheilsberechtigte.

Hertius, De fratris germani querela inofficiosi adversus quoscunque (Opusc. Vol. II. T. 3). Büchel, Streitfragen aus Novelle 118. S. 70 ff. Boehmer, Exerc. ad Pand. II.

---

1) L. 3 D. 5. 2: Inofficiosum testamentum dicere, hoc est, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit. Quod plerumque accidit, quum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.

L. 4 D. eod.: Non est . . consentiendum parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt. Quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes judicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti.

2) Valerius Maximus VII. 7, 1. 2. Plinius epist. VI. 33. L. 13. 17 D. 5. 2.

3) L. 2 D. 5. 2: Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit. Sed recte quidem fecit testamentum; sed non ex officio pietatis. Nam si vere furiosus esset vel demens, nullum esset testamentum.

L. 5 D. eod.: . . resque illo colore defenditur apud judicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, quum testamentum inique ordinaret.

Digitized by Google

Nr. 37. **Marezoll**, Ueber die angebliche Legitima der Geschwister, ob und in wiefern eine solche wirklich im Röm. Rechte existirt, in der Gieß. Zeitschr. Bd. I. Nr. 7. **Schweppe**, Begründet die Erbeinsetzung unehelich geborener Personen die Querel der Geschwister? im jurist. Magaz. Nr. 10g. **Kronbal** im civil. Arch. Bd. IV. Nr. 6. **Büchel**, Civilrechtl. Erört. Bd. II. Abth. II. S. 76 ff. **Arndts** § 592. **Puchta** § 488. **Brinz** § 202. **Sintenis** § 196. **Holzschuher** S. 743—748. **Böcking** Grdr. III. B. § 72. **Mühlenbruch-Glück** Bd. VI. § 543. Bd. XXXV. § 1420—21. **Göschen** § 875. **Francke** S. 173—206. **Müller** S. 815. **Vangerow** § 474. **Vering** S. 390—395. **Keller** § 512. **Köppen** S. 121—127. **Arndts** im Rtcl. l. c. S. 122—123.

Pflichttheilsberechtigt sind:

I. Die Descendenten hatten von jeher Pflichttheilsrecht[1], soweit sie Intestaterbrecht haben (cf. § 13 Nr. I.). Intestaterbrecht hatten, wie oben gezeigt, schon nach der prätorischen Intestaterbclasse unde cognati auch alle blos cognatischen Descendenten, z. B. Tochterkinder. Auch diese haben also Pflichttheilsrecht. Den descendentes jam nati stehen die postumi gleich[2]. Gegen die Mutter haben auch uneheliche Kinder dies Recht[3] (cf. § 12 Nr. I.).

Hinsichtlich der Adoptivkinder gilt Folgendes:

1. Justinian hat dem minus plene adoptatus ein Pflichttheilsrecht gegen den Adoptivvater abgesprochen und ihm nur ein Intestaterbrecht gegeben; cit. const. 10 pr. § 1 Cod. 8. 48 (cf. § 11 Nr. I. C.). Er bleibt aber Notherbe des leiblichen Vaters, in dessen väterlicher Gewalt er bleibt (cf. § 11 Nr. I. C.).

2. Der plene Adoptirte hat ein Pflichttheilsrecht gegen den Adoptivvater, in dessen Gewalt er kommt (cf. § 11 Nr. I. B.).

a. Unter den Römischen Juristen war Streit darüber, ob der plene Adoptirte Pflichttheilsrecht gegen seinen leiblichen Vater

---

1) L. 1 D. 5. 2: . . Omnibus . . tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare.

L. 6 pr. i. f. D. eod.: . . et eum, qui post testamentum matris factum, exsecto ventre, extractus est, posse queri, dico.

§ 2 I. 2. 18: . . Postumi quoque . . de inofficioso agere possunt.

L. 23 pr. D. 5. 2: . . si exheredatus sit filius emancipatus, poterit queri.

Cit. § 1 I. 2. 18 (cf. Anm. 9).

2) L. 6 pr. D. 5. 2: Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore; sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit B. Pionem accipere.

3) L. 29 § 1 D. h. t.: De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt.

Digitized by Google

habe[4]. Die l. 30 pr. D. 5. 2[5] rührt offenbar von einem Juristen her, welcher für das Pflichttheilsrecht war, indem hier nur von einem Testamente die Rede sein kann, welches der in Adoption gegebene Sohn nach dem Tode des Adoptivvaters errichtet hat.

b. Justinian hat aber in const. 10 pr. Cod. h. t.[6] (cf. § 11 Nr. II. B. 2. i. f.) dem plene adoptatus nach der richtigen Ansicht nicht das Intestaterbrecht, wohl aber das Pflichttheilsrecht gegen seinen natürlichen Vater abgesprochen (cf. Vangerow S. 293—294). Da nun das Pflichttheilsrecht stets gegenseitig ist, so ist damit auch dem natürlichen Vater gegen den plene adoptatus das Pflichttheilsrecht abgesprochen (cf. Nr. II.).

3. Diese Grundsätze müssen analog auch bei der Arrogation Platz greifen. Nur bei dem impubes arrogatus vertritt die Quarta[7] divi Pii die Stelle des Pflichttheils (cf. § 138).

4. Durch die von einer Frau mit landesherrlicher Genehmigung vorgenommene Adoption entsteht nach cit. const. 5 Cod. 8. 48 (cf. § 11 Anm. 11) ein der leiblichen Geburt gleiches Verhältniß. Es muß daher hier rücksichtlich dieser neuen Mutter und mütterlichen Verwandten gegenseitiges volles Intestaterbrecht, resp. Pflichttheilsrecht angenommen werden. Indirect sagt es l. 29 § 3 D. 5. 2[8], die freilich interpolirt, aber deshalb grade um so beweisender ist.

---

4) Const. 10 pr. Cod. 8. 48: . . in adoptivis filiis, qui, filiifamilias constituti, a patribus naturalibus aliis dantur, antiquae sapientiae incidit quaedam dubitatio: si oporteret, talemfilium, si praeteritus a naturali patre fuerat, habere contra ejus testamentum de inofficioso actionem? Quam Papinianus . . negat; Paulus . . sine effectu derelinquit. Martianus . . distinguit, ne ex hac causa utriusque perderet successionem, naturalis quidem voluntate patris circumventus, adoptivi propter egestatem, quam forte habebat.

5) L. 30 pr. D. h. t.: Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

6) Const. 10 pr. Cod. h. t.: Papiniani sententia in hac specie procedat . ., et non patris naturalis successionem molestare concedatur.

7) L. 8 § 15 D. 5. 2: Si quis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, quum habeat quartam ex Constitutione divi Pii . . .

8) L. 29 § 3 D. h. t.: Quoniam femina nullum adoptare sine jussu Principis potest: nec de inofficioso testamento ejus, quam quis sibi matrem adoptivam falso esse existimabat, agere potest.

Digitized by Google

II. Diejenigen Ascendenten, welche im einzelnen Fall ab intestato erben würden[9] (cf. § 14 Nr. I. C. 1.).

Gegen ein Kind, das durch Adoption in eine fremde Familie überging, hat der natürliche Vater kein Pflichttheilsrecht (cf. Nr. I. b. und dagegen Vangerow S. 296). Die Mutter dagegen behält ihr Pflichttheilsrecht; denn auf ihre Rechte, die lediglich auf Cognation beruhen, war Adoption stets ohne Einfluß.

III. Die agnatischen Geschwister, d. i. germani et consanguinei, soweit sie ab intestato erben würden (cf. § 14 Nr. I. B. § 15). Sie sind die einzigen Seitenverwandten, die Pflichttheilsrecht haben[10].

Den uterini ist dasselbe abgesprochen[11]. Dies ist einer jener wenigen Puncte, in denen der Unterschied zwischen Agnation und Cognation noch heute von practischer Wichtigkeit ist. Der Grund des Vorzugs der consanguinei vor den uterini ist lediglich ihre Eigenschaft als Agnaten. Denselben in „einem weniger innigen Pietätsverhältniß" der uterini finden zu wollen, wie Manche thun, ist eine jener modernen Phantasien, die den subjectiven Standpunct in das objective Gesetz hineinzuinterpretiren bestrebt sind. Die agnatischen Geschwister haben aber seit Constantin nur dann Pflichttheilsrecht, wenn im

---

9) § 1 I. 2. 18: Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam parentibus liberorum.

L. 15 pr. D. 5. 2: . . Etsi parentibus non debetur filiorum hereditas (formelles Rotherbenrecht): propter votum parentum et naturalem erga filios caritatem tamen, turbato ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet.

Cit. l. 1 D. h. t. (cf. Anm. 1).

10) § 1 I. 2. 18: Soror et frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris const. praelati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur et sorores cognati nullo modo agere possunt . .

L. 1 med. D. 5. 2: Cognati . ., qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent; quum obtinere spem non habeant.

Const. 2 Cod. 3. 28: . . quum nemo eorum, qui ex transversa linea veniunt, exceptis fratre et sorore, ad inofficiosi querelam admittatur.

11) Const. 1 Cod. Theod. 2. 19: Fratres uterini ab inofficiosi actionibus arceantur.

Digitized by Google

Testament eine persona turpis, infamis oder die an levis nota leidet, eingesetzt, also den Geschwistern vorgezogen ist[12].

Einige Schriftsteller (cf. Boehmer l. c.) haben auch den uterinis und Neffen ein Pflichttheilsrecht beilegen wollen, weil jetzt die uterini gleiches Intestaterbrecht mit den consanguineis haben und die Neffen neben Geschwistern erben (cf. § 14 Nr. I. C. 3 § 15 init.). Allein dies ist zu verwerfen. Daraus, daß mehre gleiches Intestaterbrecht haben, folgt noch kein Pflichttheilsrecht. Letztres ist immer als ein besondres höheres Recht betrachtet und nicht etwa mit dem Intestaterbrecht gleichmäßig ausgebildet. Nach dem alten Recht wurden die Kinder von der Erbschaft der Mutter durch die Agnaten ausgeschlossen; sie aber hatten Pflichttheilsrecht, nicht die Agnaten. Die uterini hatten übrigens schon im Codex gleiches Intestaterbrecht mit den consanguinei, selbst mit den vollbürtigen[13]. Nur darüber haben stets die Grundsätze der Intestaterbfolge entschieden, in welcher Reihenfolge wirkliche Notherben zur Geltendmachung ihrer Rechte berufen sind; denn auf die mediati unter seinen Notherben hat der Erblasser nicht Rücksicht zu nehmen. Der ordo succedendi beim Intestaterbrecht wird auch hier angewendet (cf. Francke S. 192). Es giebt hiernach drei Classen von Pflichttheilsberechtigten:

1. Descendentes immediati.

2. Ascendentes immediati und, wenn eine persona turpis eingesetzt ist, neben ihnen zugleich die vollbürtigen Geschwister.

Man hat hierüber gestritten (cf. Glück Bd. 7 S. 11 ff.), aber es mit der vorigen Frage verwechselt (cf. Francke S. 202—206).

---

12) Const. 27 Cod. h. t.: Fratres vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis . . arceantur. Consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula adspergantur . . (Diese Constitution ist durch Combination von zwei Constitt. des Theodosischen Codex: const. 1. 3 Th. Cod. 2. 19 gebildet worden, nicht ohne erhebliche Aenderungen.)

Cit. § 1 I. 2. 18 (cf. Anm. 10).

13) Const. 15 § 2 Cod. 6. 58: Sed nec fratrem vel sororem uterinos concedimus in cognationis loco relinqui. Quum enim tam proximo gradu sunt, merito eos sine ulla differentia, tanquam si consanguinei fuerant, cum legitimis fratribus et sororibus vocandos esse sancimust

Digitized by Google

3. Die consanguinei et consanguineae unter gleicher Voraussetzung.

Wenn der Erblasser seinen Sohn zum Erben einsetzt, dieser aber noch vor ihm stirbt, so haben nun dessen Kinder, seine Enkel, als die nächstfolgenden Intestaterben Pflichttheilsrecht. Hinterläßt er z. B. einen Sohn und eine Mutter, so hat er zunächst blos den Sohn zu berücksichtigen. Wenn er aber diesen gehörig enterbt, so muß er den nächsten Grad, die Mutter, als Pflichttheilsberechtigte berücksichtigen[14] (cf. **Mühlenbruch-Glück** Bd. 35 S. 415 ff. Bd. 37 S. 366 ff.).

A. Von den betrachteten Personen sind nur diejenigen pflichttheilsberechtigt, die in concreto die nächsten Erben entweder ex asse oder ex parte sein würden, wenn der Testator intestatus verstorben wäre. Dies ist mit Unrecht bestritten (cf. Puchta § 488 not. f.); denn:

1. Der Pflichttheil selbst wird stets als ein Theil der jedesmaligen Intestaterbportion des Berechtigten dargestellt[15].

2. Mit der querela inofficiosi testamenti, dem alleinigen Rechtsmittel wegen Verletzung des Pflichttheils vor Justinian, fordert der Kläger immer nur denjenigen Erbschaftstheil, welcher ihm ab intestato angefallen sein würde[16] (cf. § 133 Nr. III.).

3. Der Erblasser handelt nicht lieblos, wenn er denjenigen nichts zuwendet, die ohne das Testament doch nichts erhalten würden.

4. Die von Puchta cit. l. 6 § 1 D. 5. 2[17] beweist nichts, da

---

14) L. 14 D. 5. 2: Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit. Emancipatus, suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre praeterito, vita decessit. In quaestione de inofficioso testamento praecedente causa filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quod si contra filios judicetur, pater ad querelam vocatur et suam intentionem implere potest.

Cit. l. 31 pr. § 1 D. eod. (cf. § 133 Anm. 26).

15) L. 8 § 6 D. 5. 2: Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem ejus, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset, puto eum secure testari.

Const. 8 § 6 D. 3. 28: . . dummodo . . partis, quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere, quartam ex judicio parentis obtineat.

16) L. 19 D. 5. 2: . . filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset . . .

17) L. 6 § 1 D. h. t.: Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit — nemo enim

Digitized by Google

hier der in concreto nicht zur Intestaterbfolge berechtigte Verwandte nur aus Irrthum des Richters obgesiegt hat.

B. Hiernach werden Ascendenten durch intestaterbberechtigte Descendenten vom Pflichttheil ausgeschlossen, Descendenten entfernteren Grades durch nähere Erben desselben Stammes, entferntere Ascendenten durch Ascendenten näheren Grades.

Der in abstracto Pflichttheilsberechtigte, welcher in concreto von der Intestaterbfolge durch einen Näherberechtigten ausgeschlossen ist, hat in concreto niemals Pflichttheilsrecht, selbst dann nicht, wenn der Näherberechtigte nur intestaterbberechtigt, nicht pflichttheilsberechtigt ist. Kein Pflichttheilsrecht hat z. B. der Ascendent des Erblassers, der durch einen minus plene adoptatus desselben, oder der frater consanguineus, welcher durch Kinder vollbürtiger Geschwister von der Intestaterbfolge ausgeschlossen ist. Dagegen haben die Pflichttheilsberechtigten, welche gleiches Intestaterbrecht haben, auch gleichzeitig auf den Pflichttheil Anspruch, selbst wenn auch andre nicht pflichttheilsberechtigte Personen als Intestaterben gleichberechtigt sind (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 123).

§ 130.

3. Größe des Pflichttheils.

Glück, De constituenda legitimae portionis parentum quantitate, ad Nov. 18 cap. 1. in Opusc. Tom. III. p. 1 sq. Marezoll, Ist von Justinian durch die Nov. 18 bloß die Legitima der Descendenten, oder auch zugleich die der Ascendenten und Geschwister erhöht worden? in der Gieß. Zeitschr. Bd. I. Nr. 11. Derselbe, Ueber die Erhöhung des Pflichttheils für die Descendenten durch die Nov. 18, das. Bd. V. Nr. 12. Heimbach, Ist Nov. 18 cap. 1 auch auf den Pflichttheil der Eltern und Brüder des Verstorbenen zu beziehen oder beschränkt sich sein Inhalt nur auf den Pflichttheil der Descendenten? das. Bd. XIII. Nr. 14. Bd. XVI. Nr. 2. Riedel das. N. F. Bd. VIII. Nr. 8. Arndts § 593. Puchta § 489. Brinz § 202. Sintenis § 196. Holzschuher S. 773—774. Böcking Grdr. III. B. § 73. Mühlenbruch-Glück Bd. VII. § 544. 547. 549. Bd. XXXV. § 1421 b—c. Francke S. 206—226. Göschen § 876. Müller S. 816. Vangerow § 475. Bering S. 396. Keller § 513. Köppen S. 148—149. Arndts im Rtsl. Bd. 8. S. 124—128.

Der Pflichttheil ist dasjenige materielle Quantum des Nachlasses, das der Erblasser seinem Notherben zuwenden muß, falls er keinen gerechten Ausschließungsgrund hat. Er ist nur ein materielles Quantum,

---

eum repellit — et casu obtinuerit, non ei proficit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem. Nam intestatum patremfamilias facit.

Digitized by Google

d. i. er kann in singulae res bestehen, die per modum legati oder mortis causa donationis, unter Umständen selbst inter vivos donationis, zugewendet sind. Er ist ein Theil der Intestaterbportion (cf. § 129 Nr. A. 1.). Vor Justinian betrug er ein Viertel derselben. Dasselbe war nach dem Muster der Quarta Falcidia bestimmt. Es heißt daher Quarta legitimae partis, d. i. der Intestatportion, auch wohl Falcidia, seltener legitima portio[1].

Durch Justinian ist der Pflichttheil in Nov. 18 cap. 1[2] erhöht auf ⅓, bez. auf ½. Weil, je größer die Zahl der Kinder, desto geringer der Erbtheil und damit der Pflichttheil des einzelnen wird: so soll, wer vier Kinder oder weniger hat, diesen ein Drittel des Intestaterbtheils lassen, wer fünf Kinder oder mehr hat, die Hälfte.

Zunächst spricht Justinian in Nov. 18 blos von dem Pflichttheil der Kinder. Schon seit Julian und den Scholiasten zu den Basiliken ist es daher bestritten, daß diese Erhöhung auch für Ascendenten und Geschwister gelte. Mit Julian in seiner Epitome Novellarum const. 34 hat es neuerlich wieder Marezoll l. c. S. 257 ff. verneint. Allein am Ende des cap. 1 sagt Nov. 18: „Hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est". Offenbar nur sehr gezwungen beschränkt man diese Worte auf die Enkel.

---

1) § 3 I. 2. 18: . . id, quod iis deest, usque ad quartam legitimae partis repletur . .

§ 6 I. eod.: Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso test. agere non possit . . .

L. 8 § 8 D. 5. 2: Quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam.

Const. 36 § 1 Cod. 3. 28: . . quod post legitimam portionem restat . .

Cit. l. 8 § 6 D. h. t. (cf. § 129 Anm. 15).

Const. 31 Cod. 3. 28. Const. 5 § 3 Cod. 9. 8: Ad filias . . Falcidiam ex bonis matris . . pervenire volumus.

2) Nov. 18 cap. 1: Si quis unius aut duorum aut trium aut quatuor liberorum pater materve est, non quadrantem (τριούγκιον = $^{3}/_{12}$) solum eis relinquat, sed tertiam substantiae suae partem, i. e. uncias quatuor (trientem = $^{4}/_{12}$) . . Quodsi plures quam quatuor liberos habeat, dimidiam totius substantiae suae eis relinquat partem, ut semis (ἑξαούγκιον = $^{6}/_{12}$) . . debeatur.

Nov. 39 cap. 1: . . servet filio legitimam partem, non quartam (hoc enim emendavimus, inopiam ejus plurimam reprehendentes) sed tertiam . . aut mediam secundum filiorum numerum.

Digitized by Google

Auch sagt Nov. 89 cap. 12 § 3[3] von der legitima der Ascendenten: „partem, quam lex et nos constituimus“ (cf. Vangerow S. 300—301).

Nur der Quasipflichttheil der armen Witwe und des impubes arrogatus (cf. § 143 Nr. B. C.) fällt nicht unter die Erhöhung.

Die Bestimmung des Quantums in Nov. 18 drückt man durch folgenden Memorialvers aus:

„Quatuor aut infra natis dant jura trientem;
Semissem vero natis dant quinque vel ultra.“

Das Vermögen z. B. ist = 12000 fl. Es sind 4 Kinder vorhanden. Jedes bekommt ab intestato = 3000 fl. Davon ist der Pflichttheil ⅓, also = 1000 fl. Oder das Vermögen ist = 20000 fl. und es sind 5 Kinder vorhanden, so erbt jedes ab intestato = 4000 fl.; der Pflichttheil ist ½, also = 2000 fl.

Um nun die Größe des Pflichttheils, einer portio portionis ab intestato für jeden einzelnen Notherben zu berechnen, muß man:

1. zunächst eruiren, wie groß seine Intestaterbportion sein würde und daher alle diejenigen mitrechnen, die mit ihm zugleich ab intestato erbberechtigt sind, auch wenn sie nicht pflichttheilsberechtigt sind. Ist z. B. der Pflichttheil eines Ascendenten zu berechnen, so sind auch die Kinder vorverstorbener vollbürtiger Geschwister mitzuzählen, obgleich diese nicht pflichttheilsberechtigt sind; ebenso falls eine persona honesta eingesetzt ist, vollbürtige Geschwister; denn ab intestato erben diese Personen mit den Ascendenten. Bei Berechnung der Größe des aus meines Vaters Nachlaß mir gebührenden Pflichttheils zählt ebenso mit, neben meines Vaters übrigen leiblichen Kindern, auch dessen minus plene adoptirter Adoptivsohn. Ebenso ist die arme Witwe, wenn sie miterbt, mitzuzählen. Dagegen kann ein Kind, welches durch deutsch rechtlichen Erbvertrag im Voraus auf die Erbschaft verzichtet hat, nicht mitgezählt werden, weil es ab intestato nicht miterbt. Doch man streitet (cf. Vangerow S. 303).

Wer neben mir beides hat, Intestaterbrecht und zugleich Pflichttheilsrecht, zählt auch dann mit zur Berechnung der Größe meines Pflichttheils, wenn er gültig vom Pflichttheil ausgeschlossen ist[4].

---

3) Nov. 89 cap. 12 § 3: Si . . habuerint aliquos ascendentium, legitimam eis relinquant partem, quam lex et nos constituimus.

4) L. 8 § 8 D. 5. 2: . . videndum erit: an exheredatus partem

Digitized by Google

Alle diese partem faciunt ad minuendam legitimam, d. h. müssen mitgerechnet werden, um die Intestaterbportion des Notherben zu bestimmen und aus dieser wiedrum dessen Pflichttheil. Alle diese mindern also den Pflichttheil.

2. Von der so gefundenen Intestaterbportion ist der Pflichttheil bei mehr als 4 Concurrenten $\frac{1}{2}$, bei 4 oder weniger $\frac{1}{3}$. Zu den Concurrenten sind auch hier alle sub Nr. 1. Genannte zu rechnen. Quicunque partem faciunt ad minuendam legitimam, numerum faciunt ad augendam legitimam, d. h. sie werden mitgerechnet, um zu bestimmen, ob der Pflichttheil $\frac{1}{2}$ oder nur $\frac{1}{3}$ der Intestaterbportion sei.

Gestritten ist lange über den Pflichttheil der Enkel, ob hier auf Zahl der Stämme, oder auf die Zahl der Enkel zu sehen sei? Auf die Stämme muß man sehen, um den Intestaterbtheil für jeden Enkel zu bestimmen, allein bei der weitren Frage, ob dann der Pflichttheil hiervon $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{2}$ beträgt, können die Grundsätze der Intestaterbfolge nicht entscheiden, sondern nur die Worte oder der Geist der Nov. 18. Diese schreibt die Berücksichtigung der Zahl der Erben vor und zwar soweit durch ihre Concurrenz der Intestaterbtheil dem Einzelnen verkleinert wird. Darnach nimmt man jetzt mit Recht an:

„Sobald der Intestaterbtheil $\frac{1}{5}$ oder weniger beträgt, ist der Pflichttheil $\frac{1}{2}$. Sobald der Intestaterbtheil $\frac{1}{4}$ oder mehr beträgt, ist der Pflichttheil $\frac{1}{3}$“ (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 127 ff. Vangerow S. 304—306. Riedel l. c.).

3. Die sub Nr. 1. und 2. angeführte Berechnungsart je nach der Intestaterbportion des einzelnen Notherben bezeichnet man als computatio distributiva.

Manche, besonders ältre Civilisten (cf. Glück Bd. 7 S. 43), meinen, man müsse anders und zwar so rechnen: Bei 4 oder weniger Concurrenten sei der Pflichttheil aller Notherben zusammen $\frac{1}{2}$, bei mehr als 4 die Hälfte des gesammten Nachlasses und dieses sei unter diejenigen, die im concreten Falle mit einander die nächsten Notherben seien, nach Köpfen zu theilen (sog. computatio collectiva). Nach

---

faciat, qui non queritur? Utputà: sumus duo filii exheredati. Et utique faciet.. Et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam, petere.

Digitized by Google

dieser Ansicht ist der Pflichttheil nicht eine portio portionis ab intestato debitae, sondern eine portio bonorum.

Für diese Ansicht spricht zwar der buchstäbliche Wortlaut der Nov. 18. Gegen dieselbe jedoch spricht:

a. Daß hiernach der Pflichttheil sogar größer sein könnte als die Intestaterbportion selbst, wenn nämlich mit Pflichttheilsberechtigten noch andere Intestaterben zusammentreffen, die kein Pflichttheilsrecht haben.

b. Daß Justinian in Nov. 18 cap. 2, Nov. 39 cap. 1 ausdrücklich sagt, er habe nichts geändert „praeter solam quantitatem“[5].

c. Daß Justinian in Nov. 18 die collective Bezeichnung, daß ⅓ oder ½ des Nachlasses als Pflichttheil zurückzulegen sei, nur deshalb gewählt hat, weil er grade das Beispiel von Descendenten des ersten Grades vor Augen hatte und es hierbei keinen Unterschied macht, ob man den Pflichttheil für jeden einzelnen ausrechnet, oder sofort ⅓ oder ½ des Nachlasses als den unter Alle gleich zu vertheilenden Pflichttheil ansieht.

d. Daß dieselbe collective Bezeichnung in der lex Falcidia vorkam, daß aber die Römische Praxis stets über den Grundsatz: „ratio legis Falcidiae in singulis heredibus ponenda est“ einig war[6].

e. Daß Justinian selbst im § 7 I. 2. 18[7] dieselbe collective Bezeichnung gebraucht hat und dennoch im § 3 I. eod., in const. 31 Cod. h. t.[8], ja sogar noch in Nov. 22 cap. 48[9] den

---

5) Nov. 18 cap. 2: . . Omnibus aliis de inofficioso positis legibus, et praecipue nostris, in sua virtute servandis, et de ingratis filiis et de naturalibus, praeter solam quantitatem, quam ad praesens auximus, secundum omnes praedictas definitiones.

6) § 3 I. 2. 22: . . placuit, ut quartam partem suae partis salvam habeat . . Etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiae ponenda est.

L. 77 D. 35. 2.

7) § 7 I. 2. 18: Quod . . de quarta diximus, ita intelligendum est, ut, sive unus fuerit, sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta iis dari possit, ut pro rata iis distribuatur, id est pro virili portione quarta.

8) Cit. § 3 I. eod. (cf. Anm. 1).

9) Nov. 22 cap. 48: . . augentes ab intestato partem omnino filiis relinquendam, et usque ad quatuor quidem filios quatuor uncias . . definientes, si autem ultra quatuor sint, usque ad mediam substantiae partem . . .

Digitized by Google

Pflichttheil ausdrücklich als einen Theil der Intestaterbportion bezeichnet.

4. In vielen Fällen führen beide Rechnungen auf dasselbe Resultat, wenn nämlich alle nächsten Intestaterben im concreten Falle zugleich auch Notherben sind. Wenn dies aber nicht ist, so wird der Unterschied bedeutend und dann ist es zweifellos, daß die computatio collectiva zu verwerfen, namentlich weil sie, wie bereits bemerkt, auf die Absurdität führen würde, daß nach ihr der Pflichttheil häufig so groß, oder größer wäre, als der ganze Intestaterbtheil des Pflichttheilsberechtigten. Z. B. wenn Erblasser 30000 fl. hinterläßt und eine Mutter und 4 vollbürtige Geschwister und in seinem Testamente seine Mutter auf den Pflichttheil einsetzt, im Uebrigen noch einige personas honestas zu Erben ernennt und seine Geschwister, was er nach § 141 kann, übergeht. Hier beträgt der Intestaterbtheil der Mutter 6000 fl. und ihr Pflichttheil, da hier 5 Concurrenten der Intestaterbfolge vorhanden sind, 3000 fl. Nach der computatio collectiva aber würde letztrer mehr als das Doppelte des Intestaterbtheils betragen, nämlich 15000 fl.

§ 131.

4. Berechnung nach Geld und Einrechnung.

Donellus, Comment. jur. civ. lib. XIX. cap. 4. Böhmer Rechtsfälle Bd. I. Nr. 22. S. 183. Arndts § 593. 594. Puchta § 489. Brinz § 202. Sintenis § 196. Holzschuher S. 774—775. Böcking Ordr. III. B. § 73. Mühlenbruch-Glück Bd. VII. § 548. S. 109. Bd. XXXV. § 1421 b. 1421 c. Francke S. 226—243. Göschen § 876. Westphal § 394 b. Mayer § 88. Müller S. 816. Vangerow S. 476. Vering S. 397. Keller § 513. Köppen S. 129. Arndts im Rtsl. Bd. 8. S. 128—132.

Ist der Berechtigte auf seinen ganzen Pflichttheil als auf eine Quote der Erbschaft eingesetzt, so hat er dadurch Alles, was ihm gebührt. Dem Gläubiger haftet er nach seinem Erbtheil. Vermächtnisse können ihm nicht auferlegt werden; sie würden wie jede andre auf den Pflichttheil gelegte Beschwerde nichtig sein (cf. § 132 Nr. 2.). Sind dem Notherben singulae res oder Summen hinterlassen, oder sollen ihm Sachen eingerechnet werden, so muß die Erbschaft und das dem Notherben Hinterlassene zu Geld taxirt werden, wenn es sich fragt, ob er seinen Pflichttheil hat.

I. Hauptgrundsatz ist: Der Pflichttheil wird aus dem Vermögen zur Todeszeit geschuldet, ohne Rücksicht auf zufällige spätere Ver-

Digitized by Google

mehrung oder Verminderung[1]. Bedingte Forderungen werden, wenn später die Bedingung eintritt, schon mitgerechnet[2]. Davon sind die Schulden des Erblassers abzurechnen, auch die Begräbnißkosten[3]; nicht aber, was erst durch Vermächtnisse oder durch mortis causa donatio aus dem Nachlaß geht[4].

Der Berechtigte kann deshalb die Aufnahme eines gehörigen Vermögensverzeichnisses verlangen, ohne durch Schätzung des Erblassers selbst, wenn sie auch eidlich bekräftigt ist, gebunden zu sein[5].

II. Dem Berechtigten wird angerechnet, was er aus dem Nachlaß erhält:

1. als Erbe;

2. als Universalfideicommissar, jedoch nur das, was er bereits vor gerichtlicher Geltendmachung seines Pflichttheilsrechts durch Universalfideicommiß erhalten hat[6];

3. als Singularvermächtnißnehmer;

---

1) L. 44 § 2 D. 38. 2: Si ex bonis, quae mortis tempore fuerunt, debitam partem dedit libertus in hereditate vel legato, servus tamen post mortem liberti reversus ab hostibus augeat patrimonium: non potest patronus propterea queri, quod minus habeat in servo, quam haberet, si ex debita portione esset institutus. Idem est et in alluvione; quum sit satisfactum ex his bonis, quae mortis tempore fuerunt.

Const. 6 Cod. 3. 28: Quum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit? inspicitur.

§ 2 I. 2. 22.

2) L. 56 § 1 D. 35. 2: . . sicuti, quum conditio crediti extitit post mortem . .

3) L. 8 § 9 D. 5. 2: Quarta . . accipietur . . deducto aere alieno et funeris impensa.

4) Cit. const. 5. 12 Cod. 6. 50 (cf. § 108 Anm. 14. 15).

5) Arg. Nov. 48 cap. 3.

6) Arg. const. 36 § 1 Cod. 3. 28: Quum . . quis, extraneo herede instituto, filio suo eum restituere hereditatem suam, quum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit: quia nostra constitutio . . omnem dilationem . . censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restituatur, in hujusmodi specie, quid faciendum sit, dubitatur. Sancimus, . . quartae . . partis restitutionem jam nunc celebrari, non exspectata nec morte heredis nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit. Sic etenim filius suam habebit portionem integram et qualem . . nostra const. definivit.

Digitized by Google

4. durch mortis causa donatio; sonstige mortis causa capiones nicht und in der Regel auch donationes inter vivos nicht. Namentlich nicht:

a. was er von einem Testamentserben oder Vermächtnißnehmer conditionis implendae causa erhält;

b. wenn ihn sein Vater zum Pupillarsubstituten eines unmündigen Bruders ernannt hat: nicht nur des impubes Erbschaft, sondern auch dessen Antheil von der väterlichen Erbschaft, welcher indirect an ihn gelangt;

c. solche Vermächtnisse, welche an sich einem Dritten hinterlassen sind und nur durch Substitution oder Accrescenzrecht an den Berechtigten gelangen[7];

d. Alles, was er inter vivos vom Erblasser erhalten hat. Ausnahmen:

α. wenn die Anrechnung bei der Zuwendung verabredet war[8];

β. die Dos, welche der Erblasser für die Tochter oder Enkelin bestellt hat[9];

γ. die für Söhne bestellte donatio propter nuptias und der Werth eines verkäuflichen Staatsdienstes, den der Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten gekauft hat[10]. Eine solche militia kommt heut zu Tage nicht leicht mehr vor. Würde jedoch ein Deutscher seinem Sohne z. B. ein englisches Officierspatent kaufen, so würde Justinians

---

7) Const. 36 pr. Cod. 3. 28: . . Sancimus, repletionem . . fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus sit, vel ex substitutione vel ex jure accrescendi, utputa ususfructus. Humanitatis enim gratia sancimus . . omnia quasi jure adventitio eum lucrari . .

8) L. 25 pr. D. 5. 2: Si . . fuerit donatum . . inter vivos, hac . . contemplatione, ut in quartam habeatur: potest dici, inoff. querelam cessare, si quartam in donatione habet; aut, si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur; aut certe conferri oportere id, quod donatum est.

9) Const. 29 Cod. h. t.: . . In quartam partem ad excludendam inoff. querelam tam dotem datam quam ante nuptias donationem . . volumus imputari, si ex substantia ejus profecta sit, de cujus hereditate agitur.

10) Const. 30 § 2 Cod. eod.: Imputari . . filiis aliisque personis, quae dudum ad inoff. testamenti querelam vocabantur, in legitimam portionem et illa volumus, quae occasione militiae ex pecuniis mortui eisdem personis acquisitae, posse lucrari eas manifestum est . . .

Digitized by Google

Bestimmung ohne alle Frage auch jetzt noch und zwar in Deutschland vollständig zur Anwendung kommen.

Ohne Grund dehnen Manche diese Einrechnung in den Pflichttheil noch weiter aus, z. B. auf gewöhnliche Schenkungen für den Fall, daß einem andren Pflichttheilsberechtigten dos oder donatio propter nuptias angerechnet wird, oder auf das zum Ankauf irgend einer Sache Gegebene oder wenigstens auf Alles, „was zum Ankaufe von Etwas verwendet ward, wodurch der Sohn versorgt, ihm sein Fortkommen erleichtert wird". So Puchta Vorl. Bd. II. § 489 mit dem Zusatze: „dies können sein käufliche Aemter oder sonstige Stellen, z. B. Canonicate, aber auch Sachen, z. B. eine Gewerbegerechtigkeit, ein Landgut u. dgl.". Dagegen spricht aber const. 20 pr. Cod. 6. 20[11]. Die Collation solcher Sachen empfiehlt sich durch die Billigkeit mit Rücksicht auf die Miterben: für die Beschränkung eines Erben auf seinen Pflichttheil und in Ansehung desselben dagegen spricht eine solche Rücksicht nicht (cf. Arndts § 594 Anm. 3).

Wenn eine schon bei Lebzeiten geschehene Zuwendung dem Berechtigten in seinen Pflichttheil eingerechnet wird, so muß der Betrag derselben natürlich auch bei der Vermögensschätzung mit in Anschlag kommen, um die Größe des Pflichttheils zu bestimmen, indem es in der einen Beziehung sowohl, wie in der anderen so anzusehen ist, als ob dieser Vermögensbetrag noch zur Zeit des Todes in der Erbschaft sich vorfände.

5. Enkel brauchen sich nur das anrechnen zu lassen, was sie selbst, nicht etwa das, was ihr parens praedefunctus vom Erblasser bei dessen Lebzeiten bekommen hat und was diesem, wenn er lebte, angerechnet werden würde. Ihnen gebührt der Pflichttheil proprio jure. Jene Einrechnung ist nirgends vorgeschrieben.

Die gegentheilige Meinung entspringt in der That nur aus der jetzt aufgegebenen Doctrin von einem angeblichen Repräsentationsrecht der Enkel, wonach man annahm, dieselben hätten kein eignes Erbrecht,

---

11) Const. 20 pr. Cod. 6. 20: Regula, ut omnia, quae portioni quartae computantur, etiam ab intestato conferantur, non e contrario tenebit . . Ea enim tantummodo ex his, quae conferuntur, memoratae portioni computabuntur, pro quibus specialiter legibus, ut hoc fieret, expressum est.

Digitized by Google

sondern erbten nur ex jure praedefuncti parentis (cf. § 13 Nr. I. A. 1. c.).

Was, wie vorsteht, der Einrechnung nicht unterliegt, dessen Einrechnung kann auch nicht etwa der Testator vorschreiben. Kraft eines jus cogens ist er Schuldner des Pflichttheils.

§ 132.

5. Art der Hinterlassung.

Koch, Ueber die Socinische Cautel. Gießen 1786. Buchholtz in der Gieß. Zeitschr. Bd. XIII. S. 339—351. Arndts § 595. Puchta § 489. Brinz § 202. Sintenis § 196. Holzschuher S. 777. Böcking Grdr. III. B. § 74. Mühlenbruch-Glück Bd. VII. § 546. 548. Bd. XXXV. § 1421 d. S. 334 ff. Francke S. 244—250. Mayer § 88. Göschen § 877. Müller S. 817. Vangerow § 476. Vering S. 398. Keller § 514. Arndts im Rtl. Bd. 8. S. 133—137.

Aus dem Vorgetragenen ergiebt sich, unter welchen Formen ein Vermögensstück des Erblassers dem Pflichttheilsberechtigten zugewandt sein muß, um auf den Pflichttheil angerechnet werden zu müssen: d. i. unter welchen Formen die Hinterlassung des Pflichttheils zulässig ist[1]. Selbst dem formellen Notherben kann der Pflichttheil durch Vermächtniß oder donatio hinterlassen werden.

1. Der Pflichttheil muß zur Todeszeit dem Notherben zufallen, nicht etwa aus künftigen Revenüen, Früchten, Renten, Gefällen oder dgl. bestehen; const. 36 pr. § 1 Cod. cit. in § 131 Anm. 6. 7.

2. Ist der Pflichttheil unter einer beschränkenden Nebenbestimmung: Bedingung oder Zeitbestimmung hinterlassen, oder mit Vermächtnissen oder anderen Auflagen beschwert: so werden diese Bestimmungen sämmtlich gestrichen, soweit sie den Betrag des Pflichttheils betreffen[2].

---

1) § 6 I. 2. 18: . . quartam quis debet habere, ut de inoff. testamento agere non possit, sive jure legati vel fideic. vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem facit nostra constitutio (c. 30 Cod. h. t.), vel aliis modis, qui constitutionibus continentur.

Const. 33 pr. Cod. 3. 28: Si quis relinquat . . legitimam sive in hereditate vel in legato vel in fideicommisso . . . .

2) Const. 32 Cod. 3. 28: . . si conditionibus . . vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel aliud gravamen introducente, eorum jura, qui ad memoratam actionem vocabuntur, imminuta esse videantur: ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio . .

Digitized by Google

a. Sind Vermächtnisse hinterlassen, die zur Deckung des Pflichttheils nöthig sind, so wird von ihnen keine Quarta Falcidia berechnet (cf. § 105 Nr. III. B.). Werden Sachen evincirt, die als Pflichttheil hinterlassen sind, so ist Eviction zu leisten[3].

b. Wenn dem Rotherben die ganze Erbschaft als Fideicommiß von einem späteren Zeitpuncte an hinterlassen ist, so kann er die Entrichtung des Pflichttheils sofort, die Restitution des Uebrigen später fordern[4].

c. Wenn der Rotherbe zum einzigen Erben ernannt ist, aber die Erbschaft als Fideicommiß an Dritte herausgeben soll, wenn auch erst bei seinem Tode, so bleibt der Pflichttheil frei vom Fideicommiß; und zwar selbst dann, wenn er durch den Fruchtgenuß der ganzen Erbschaft bis zu deren Restitution so viel gewinnen könnte, daß dieser Gewinn dem Pflichttheil und dessen Früchten gleichkommt.

Nach l. 8 § 11 D. h. t.[5] sollte in diesem Falle die Querel ausgeschlossen sein. Im Zusammenhalte mit dem Justinianischen Recht[6] muß man dies jedoch als aufgehoben betrachten (cf. Arndts im Rtsl. l. c. Anm. 239).

d. Ebenso ist es, wenn ein Kind eingesetzt ist, einem Dritten aber

---

tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

Cit. const. 36 § 1 Cod. 3. 28 (cf. § 131 Anm. 6).

3) Const. 36 pr. Cod. 3. 38: . . Quaerebatur, . . si quis rem . . habuerit, deinde eadem res evicta . . an debeat . . pars legitima post evictionem suppleri? . . Sancimus . . emendari vitium et vel aliam rem . . restitui, vel repletionem fieri nulla Falcidia interveniente . . .

4) Cit. const. 36 § 1 Cod. 3. 28 (cf. § 131 Anm. 6).

5) L. 8 § 11 D. 5. 2: Unde si quis fuit institutus forte ex semisse, quum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, et rogatus esset, post certum temporis restituere hereditatem: . . dicendum est, nullum judicium movere, quum debitam portionem et ejus fructus habere possit. Fructus enim solere in Falcidiam imputari, non est incognitum. Ergo et si ab initio ex semisse heres institutus rogetur, post decennium restituere hereditatem: nihil habet quod queratur; quoniam facile potest debitam portionem ejusque fructus medio tempore cogere.

6) Const. 6 pr. Cod. 6. 49: Jubemus, quotiens pater vel mater, filio seu filia, filiis vel filiabus . . heredibus institutis . . ex his quendam rogaverit, qui prior sine liberis decesserit, portionem hereditatis suae superstiti seu superstitibus restituere: ut . . retenta quarta pro auctoritate Trebelliani S. Cti non per imputationem redituum, licet hoc testator rogaverit vel jusserit, sed in ipsis rebus hereditariis, dodrans restituatur (cf. Mühlenbruch-Glück Bd. 35. S. 327).

Digitized by Google

der Nießbrauch der ganzen Erbschaft gegeben sein sollte; denn der Pflichttheil bleibt frei vom Nießbrauch[7].

3. Der Notherbe kann jedoch solche beschränkende Bestimmungen freiwillig anerkennen. Ein Motiv dazu ist gegeben, wenn der Testator mehr hinterläßt, als den Pflichttheil mit dem gravamen und dann hinzufügt: „wenn der Notherbe das nicht wolle, so solle er blos den Pflichttheil haben". Dies ist die sogen. Cautela Socini, so genannt nach dem Juristen Marianus Socinus dem Jüngeren aus Siena († 1556), der aber mit Unrecht für den Entdecker dieses Auswegs angesehen worden ist. In einem Gutachten über ein Testament, in dem eine solche Verfügung enthalten war, hat er deren Zulässigkeit nur ausführlich vertheidigt.

Schwerlich läßt sich die rechtliche Gültigkeit dieser Cautel bezweifeln. Denn der Erblasser braucht nur den Pflichttheil frei zu hinterlassen und dies ist dabei geschehen. Nur muß in allen Fällen klar sein, daß der Notherbe wirklich den vollen und unbeschränkten Pflichttheil hat.

Sollte der Testator ihm nur eine bestimmte Summe hinterlassen haben mit der Bemerkung, es sei mehr als der Pflichttheil, und mit der Auflage, vom Erben kein Inventar zu verlangen, widrigenfalls er nur den Pflichttheil haben solle: so ist dieser Bestimmung alle Wirkung abzusprechen.

6. Schutz des Pflichttheilsrechts.

a. Querela inofficiosi testamenti.

Inst. de inofficioso testamento (2. 18). Dig. de inoff. testamento (5. 2). Cod. de inoff. testamento (3. 28).

Donellus, Comment. juris civ. lib. XIX. cap. 5. Klenze, Querelae inoff. test. natura ex princ. juris romani antejust. eruta. Berol. 1820. Haubold, De differ. inter test. nullum et inofficiosum. cap. 4. Marezoll, Inwiefern geht die querela inoff. test. auch unvorbereitet auf die Descendenten des pflichttheilsberechtigten Descendenten über? in der Gieß. Zeitschr. Bd. III. Nr. 18. Schneider, Die subsid. Klagen. Th. II. cap. 4. Fabricius, Ursprung u. Entw. der B. P. S. 136 ff. Gneist, Formelle Verträge S. 73—76. Arndts § 605. Puchta § 490. Brinz § 203. Sintenis § 195. Holzschuher S. 768—773. Böcking Grdr. III. B. § 76. Mühlenbruch-Glück Bd. VII. § 552—561. Bd. XXXV. § 1421 e. Bd. XXXVII. § 1422. Francke S. 250—298. S. 313—328.

---

7) Nov. 18 cap. 3: . . Novimus . . aliqua testamenta, secundum quae . . uxoribus . . omnem reliquerunt suarum rerum usumfructum, filiis autem proprietatem nudam . . Non licebit igitur de cetera ulli . . tale aliquid agere. Sed eis legitimae partis . . et usumfructum . . et proprietatem relinquat . . .

Digitized by Google

Mayer § 85 ff. Savigny Syst. Bd. II. S. 127 ff. Bluntschli S. 172 ff. Göschen § 879—885. Müller S. 817—820. Vangerow § 478—481. Vering S. 399—411. Keller § 517. Köppen S. 135—151. Arndts im Rtsl. Bd. 8. S. 97—104.

§ 133.

α. Natur und Erfordernisse.

I. Die Stellung der sui, postumi et emancipati zur Querel.

Nach civilem und prätorischem Recht hatten dieselben, wie wir zeigten, den Anspruch, entweder instituirt oder enterbt zu werden. Die Auctorität des Centumviralgerichtshofes verlieh ihnen Pflichttheilsrecht hinzu. Waren sie nun:

1. zwar instituirt, aber auf eine so unbedeutende Portion, daß dadurch der Pflichttheil ihnen nicht gewährt ward: so kam es drauf an, ob ihnen durch eine sonstige im Testament enthaltene Anordnung, z. B. durch Vermächtniß, so viel hinterlassen war, daß dies mit ihrer Einsetzungsquote zusammen den Pflichttheil erfüllte. War dies der Fall, so war das Testament nicht anfechtbar. War es nicht der Fall, so kam es nun drauf an, ob der Testator einen triftigen Grund für die Pflichttheilsverkürzung gehabt hatte oder nicht. Die Prüfung dieser Frage war für jeden einzelnen Fall Sache des Gerichtshofes[1]. Allgemein war nicht festgestellt, welche Ausschließungs- bez. Verkürzungsgründe triftig seien und welche nicht. Auch brauchte der Testator den Grund nicht ausgesprochen zu haben. Bei einer ohne triftigen Grund erfolgten Verkürzung konnten sie nun mit der querela inofficiosi testamenti, Inofficiositätsquerel, das ganze Testament rescindiren. Das spätre Recht gab ihnen, d. i. den blos Verkürzten, nur die Befugniß, mit der actio suppletoria Ergänzung des Pflichttheils zu fordern (cf. § 135).

2. Waren sie dem civilen und prätorischen Recht gemäß rite exheredirt und war ihnen zugleich materiell nichts hinterlassen, und zwar ohne triftigen Grund: so hatten sie ebenfalls die Querel[2].

---

1) L. 22 § 1 D. 37. 4: .. de meritis filii agitur.

2) L. 8 pr. D. eod.: Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas B. Pionem admittendos, sicuti nec jure civili testamenta parentum turbant. Sane si velint inofficiosi querelam instituere, est in ipsorum arbitrio.

Digitized by Google

3. Waren sie präterirt und ihnen außerdem kein Pflichttheil hinterlassen, so hatten sie nicht die Querel, sondern nur die oben erwähnten Rechtsmittel der hereditatis petitio ab intestato wegen nullitas juris veteris, und bez. die B. P. contra tabulas[3].

Diese Rechtsmittel genügten vollkommen, um ihnen zu ihrem Rechte zu verhelfen. Auf Erörterungen über die Triftigkeit des Ausschließungsgrundes brauchten sie sich nicht einzulassen.

4. Waren sie formell präterirt, materiell aber — z. B. per modum legati — mit dem vollen Pflichttheil bedacht, so daß also die Querel ausgeschlossen war: so hatten sie ebenfalls die hereditatis petitio ab intestato, bez. die B. P. contra tabulas.

II. Die Stellung derjenigen materiellen Notherben zur Querel, welchen formelles Notherbenrecht fehlt. Also die Kinder gegenüber der Mutter und den mütterlichen Ascendenten, die Ascendenten und die Geschwister. Das sie formell präterirende Testament ist formell gültig und auch mit der B. P. contra tabulas nicht anzufechten[4]. Das Testament, welches ohne triftigen Grund materiell ihnen

a. gar nichts oder

b. weniger als den Pflichttheil hinterläßt, ist nach ältrem Recht in beiden Fällen mit der Querel rescindirbar. Nach spätrem Recht haben sie im Fall Nr. b. nur die suppletoria actio gegen die in demselben eingesetzten Erben (cf. § 135).

III. Natur der Querel. Dieselbe war früher sehr bestritten. Jetzt verwirft man ziemlich allgemein eine ältre Ansicht, nach der sie ein blos präparatorisches Rechtsmittel sein soll. Nach derselben soll sie nur die Rescission des Testaments bewirken und wer mit ihr ob-

---

L. 10 § 5 D. eod.: Exheredati liberi quemadmodum Edictum non committunt, ita nec commisso per alios Edicto cum illis venient ad B. Pionem: unaque iis querela superest, si de inofficioso dicant.

3) L. 23 pr. D. 5. 2: Si ponas filium emancipatum praeteritum, et ex eo nepote in potestate retentum heredem institutum esse: filius potest contra filium suum, testatoris nepotem, petere B. Pionem. Queri autem de inofficioso testamento non poterit. Quod si exheredatus sit filius emancipatus, poterit queri.

4) Const. 15 Cod. 3. 28: Filiam praeteritam a matre ad successionem ejus, citra inofficiosi querelam, adspirare non posse, explorati juris est.

Digitized by Google

siegt, soll, um zur Erbschaft zu gelangen, hinterher noch die hereditatis petitio durchführen.

Sie ist in der That nichts Andres, als eine hereditatis petitio ex causa inofficiosi querelae, sog. qualificirte hereditatis petitio, mit der der Beeinträchtigte aus dem Grunde eines allerdings formell gültigen[5], aber wegen seiner Lieblosigkeit pflichtwidrigen und deshalb zu rescindirenden Testaments die Anerkennung seines Intestaterbrechts und die Herausgabe seines Erbtheils fordert[6]. Befindet sich der Pflichttheilsberechtigte im Besitz, so kann er sich auch durch die Einrede der Inofficiosität helfen[7].

Für die Querel gelten eigenthümliche Bestimmungen. Dieselben erklären sich theils aus ihrer seltsamen Begründung durch die von den Centumvirn aufgestellte fictio insaniae, d. h. die Annahme, der Testator, der so lieblos verfügt habe, könne unmöglich bei Verstande gewesen sein, theils daraus, daß die Römer diese Verletzung der Pietät mehr aus dem Gesichtspunct einer persönlichen Beleidigung des Ausgeschlossenen oder Verkürzten auffassen[8], als aus dem eines Vermögensnachtheils. Dahin gehört: nur in Ermanglung jeder andren Rechtshülfe (in subsidium) kann sie angestellt werden. Sie heißt

---

5) Pr. I. h. t.: . . recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis.

6) L. 20 pr. i. f. D. 37. 4: . . ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querelae.

L. 20 D. 5. 2: . . Qui de inofficioso dicit, nec actiones movere debet nec aliam ullam quam hereditatis petitionem exercere. . .

L. 27 § 3 D. eod.: De inoff. testamento nepos contra patruum suum vel alium scriptum heredem pro portione egerat et obtinuerat . . .

L. 21 § 2 D. eod.: . . evicta hereditate per inoff. querelam ab eo. . . .

Const. 3 Cod. 3. 31: Hereditas materterae petita non infringit alterius hereditatis petitionem, quae venit ex alia successione. Sed et si quaestionis titulus prior inoffic. testamenti causam habuisset: judicatae rei praescriptio non obstäret eandem hereditatem ex alia causa vindicanti.

Const. 34 Cod. 3. 28.

7) L. 8 § 13 D. 5. 2: . . filius . . in modum contradictionis querelam inducat . . .

8) L. 4 D. eod.: parentibus, qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt . . .

L. 22 pr. D. eod.: . . nam indignatio filii est.

L. 8 pr. D. eod.: . . ipsius enim injuria est.

Const. 10 Cod. 6. 21: . . exheredationis notam infligit.

Digitized by Google

„ultimum adjutorium“[9]. Der besiegte Querulant soll, was ihm im Testament etwa hinterlassen ist, als indignus an den Fiscus verlieren[10] (cf. § 60 Nr. II. D. hh.). Wer sich also mit der B. P. contra tabulas oder mit der hereditatis petitio ab intestato zur Erbschaft verhelfen kann, darf nicht mit der Querel auftreten. Also nicht z. B. der praeteritus emancipatus, nepote ex eo herede instituto, wohl aber der exheredatus emancipatus (l. 23 pr. D. h. t. cit. in Anm. 3).

Daraus folgt aber nicht, daß die Anstellung der Querel die spätre Anstellung jener Klagen ausschließe; denn Gründe für anderweitige Anfechtung können leicht erst später zu Tage kommen oder so zweifelhaft sein, daß man zweckmäßiger erst die Querel versucht. Hieraus erklären sich einige Stellen, die mit dem Obigen in Widerspruch zu stehen scheinen[11] (cf. Keller S. 974 Anm. 3).

Die Querel verjährt in fünf Jahren, gerechnet von der Antretung der Testamentserben[12].

IV. Voraussetzungen der Querel.

A. In der Person des Klägers. Derselbe muß:

1. der nächste Intestaterbe sein, oder einer derselben, und zugleich eine der pflichttheilsberechtigten Personen[13] (cf. § 129 Nr. A.).

2. Es muß ihm vom Testator gar nichts hinterlassen sein. Sonst wird seit Justinian (const. 30 pr. Cod. h. t. cf. § 135) die Querel durch die actio suppletoria verdrängt.

---

9) § 2 I. 2. 18: . . qui alio jure veniunt ad totam hereditatem vel partem ejus, de inofficioso agere non possunt . . .

Const. 4 Cod. 6. 28: . . Nam quum ultimum adjutorium de inofficioso querela positum est . . .

10) § 5 I. 2. 18. L. 8 § 14 D. 5. 2.

11) L. 8 § 12 D. 5. 2: Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum, et inofficiosum, conditio ei deferri debet, utrum prius movere volet.

Const. 14 Cod. 3. 28: Eum, qui inoff. querelam delatam non tenuit a falsi accusatione non submoveri placuit. Idem observatur et e contrario.

12) Const. 34 i. f. Cod. h. t.: . . nisi vel repudiavit querelam vel quinquennio tacuit.

Const. 36 § 2 D. eod.: . . tempora inoff. querelae ab adita hereditate currant . . .

L. 8 § 17 D. 5. 2: . . si post quinquennium inofficiosum dici coeptum est. . . .

13) Cit. l. 6 pr. D. h. t. (cf. § 129 Anm. 2).

Digitized by Google

3. Kläger muß beweisen, daß seine Ausschließung eine ungerechte sei. Die Lieblosigkeit des Testators gegen ihn ist das Fundament der Querel. Derjenige kann sie also nicht anstellen, der sich gegen den Testator schlecht betragen hatte. Querulant hat deshalb immer zu erweisen, daß der Testator ihn wirklich unverdienter Maaßen übergangen oder enterbt habe[14]. Daran hat man sich ohne Grund gestoßen (cf. Francke S. 292), indem man an die Schwierigkeit dachte, zu beweisen, daß man in seinem ganzen Leben nichts gethan habe, wodurch man den Pflichttheil hätte verwirken können. Allein gewöhnlich werden bestimmte Gründe der Enterbung von dem Testator angegeben oder sonst als den Testator bestimmend bekannt sein und dann ist eben ihre Unerheblichkeit oder factische Unrichtigkeit nachzuweisen. Wo aber nichts der Art vorliegt, da nahm man (nach der sehr freien Beweistheorie) gewiß die Verkürzung für ungerecht, bis die beklagte Partei genügende Gründe vorbrachte und bewies. In const. 34 Cod. h. t.[15] mag außer der Eigenthümlichkeit des Falles schon die nachherige Idee der Nov. 115 gewirkt haben, durch die dann diese ganze Controverse ihr Interesse verlor (cf. § 137 Nr. III. Vangerow S. 311. Mühlenbruch-Glück Bd. 37 S. 123 ff.).

4. Kläger kann der Querel entsagen. Nur ist eine Entsagung bei Lebzeiten des Testators ungültig[16]. Nach dem Tode desselben geht meine Querel verloren durch ausdrückliche oder concludente Anerkennung des Testaments oder des Testamentserben als berechtigten Successors, z. B. wenn ich eine Sache von ihm kaufte oder auch ein Vermächtniß von ihm annahm oder nur einforderte[17]. Ist mir übrigens

---

14) L. 3 D. 5. 2: Inoff. testam. dicere hoc est: allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit . .

L. 5 D. eod.: Hujus . . verbi de inofficioso vis illa . . est: docere, immerentem se et ideo et indigne praeteritum, vel etiam exheredatione summotum.

15) Const. 34 Cod. 3. 28: . . et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, patrem nepotis ingratum circa testatorem fuisse . .

Const. 10 init. Cod. 5. 9.

16) Const. 35 § 2 Cod. h. t.: Si filius post obitum patris hoc, quod relictum vel donatum est, simpliciter agnoverit . . contentus relicta vel data parte, de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem.

17) L. 5 pr. D. 34. 9: Post legatum acceptum . . inofficiosum . . dicere non permittitur.

L. 23 § 1 D. 5. 2: Si hereditatem ab heredibus institutis exheredati emerunt, vel res singulas, scientes eos heredes esse, aut conduxerunt

Digitized by Google

etwas vermacht, so habe ich nach Justinian nicht mehr die Querel, sondern nur die suppletoria. Diese aber verliere ich nicht dadurch, daß ich das mir Vermachte annehme[18]. Bei der Querel werde ich nur dann entschuldigt, wenn ich ein mir hinterlassenes Vermächtniß einforderte, das ohne mein Wissen entweder ungültig ist oder vom Testator widerrufen war[19].

5. Die Querel ist höchst persönliche Klage, actio vindictam spirans. Auf die Erben des Klägers vererbt sie sich daher activ nur dann, wenn dieser sie schon eingeleitet oder doch präparirt hat. Hierzu genügt schon die zu erkennen gegebene Absicht, sie anzustellen[20]. Nur Descendenten des Testators transmittiren auch ohne Vorbereitung die Querel auf die sie beerbenden Descendenten, nicht auf andre Erben, extranei: sofern sie vor dem Antritt des Testamentserben, also ohne die Möglichkeit klagend aufzutreten, gestorben sind[21] (cf. Vangerow S. 311).

6. Der Kläger fordert mit der Querel Rescission des Testaments und Herausgabe seines Intestaterbtheils. Wer nur pro parte intestaterbberechtigt ist, kann das ganze Testament gar nicht umstürzen[22].

---

praedia: . . judicium defuncti agnoscere videntur, et a querela excluduntur.

L. 10 § 1 D. eod.: . . eum, qui legatum perceperit, non recte de inoff. test. dicturum.

L. 31 § 4 D. eod.: . . Quid ergo, si alias voluntatem testatoris probaverim . . ? Repellendus sum ab accusatione.

18) Cit. const. 30 pr. Cod. 3. 28 (cf. § 135 Anm. 1).

19) L. 12 § 2 D. 5. 2: Si, quum filius ademtum legatum instituerit petere, summotus repetat inofficiosi querelam: praescriptione removendus non est. Quamvis enim agendo testamentum comprobaverit, tamen est aliquid, quod testatoris vitio reputetur, ut merito repellendus non sit.

20) L. 6 § 2 D. 5. 2: Si quis, instituta accusatione inofficiosi, decesserit: an ad heredem suum querelam transferat? Papinianus respondit . . : si post agnitam B. Pionem decesserit, esse successionem accusationis. Et si non petita sit B. P., jam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si, quum venit ad movendam inoff. querelam, decessit: puto ad heredem transire.

L. 7 D. eod. Const. 5 Cod. 3. 28.

21) Const. 36 § 2 Cod. eod.: . . ante aditam hereditatem si decesserit filius: . . querelam, licet se non praeparaverit, ad suam posteritatem transmittet; ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet praeparationem.

Const. 34 Cod. eod.

22) L. 8 § 8 D. h. t.: . . utputa sumus duo filii exheredati . . , et si

Digitized by Google

a. Dieser Grundsatz leidet eine Ausnahme:

α. wenn von mehren zur Querel berechtigten Erben einer auf dieselbe verzichtet;

β. wenn einer nach dem Testator stirbt, ohne die Klage auf seine Erben zu transmittiren;

γ. wenn er seine Klage verjähren ließ, während die anderen zeitig klagten (cf. Vangerow § 480 Anm. 1).

In allen diesen Fällen können die übrigen mit ihren Querelen den Erbschaftstheil jenes Wegfallenden mit einfordern. Die Quellen sagen: „Pars ejus ceteris accrescit“[23].

b. Man ließ hier auch eine Succession zu, successio in querelam, d. h. ein Nachrücken der Nachstehenden, wenn der Nächstberufene auf die Querel verzichtete, oder auch starb, ohne die Klage angestellt zu haben, oder wenn der Nächste den Proceß verlor, weil er die Enterbung verdient hatte. Dies läßt sich nur aus der Billigkeitsidee erklären, daß, wer einen ungerathenen Sohn enterbt, grade die nächsten Notherben bedenken muß, namentlich die Ascendenten, und daß er immer noch lieblos handelt, wenn er ganz Fremde einsetzt[24].

Man streitet, ob hier blos eine ordinum successio zugelassen sei, oder auch eine graduum successio? (cf. Vangerow § 480 Anm. 2.) Die Pandecten lassen jede successio zu[25]. Nur konnte man im ältren Recht, so lange die Intestaterbfolge nicht überall eine graduum successio zuließ (cf. § 19 Nr. II.), dieselbe auch hier nicht zulassen.

B. In der Person des Beklagten.

---

dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam, petere.

Cit. l. 19 D. eod. (cf. § 134 Anm. 2).

23) L. 23 § 2 D. 5. 2: Si duo sint filii exheredati et ambo de inoff. test. egerunt, et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri accrescit; idemque erit et si tempore exclusus sit.

L. 17 pr. D. eod.

24) L. 14 D. 5. 2: Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit. Emancipatus, suscepto postea filio, duobus exheredatis, patre praeterito, vita decessit. In quaestione de inoff. test., praecedente causa filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quodsi contra filios judicatur, pater ad querelam vocatur ...

25) L. 31 pr. D. eod.: Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare: an sequens admittatur? videndum est. Et placuit, posse, ut fiat successioni locus.

Digitized by Google

1. Die Querel geht gegen den im Testamente eingesetzten Erben: nicht, wie die einfache hereditatis petitio, gegen jeden, welcher pro herede vel pro possessore besitzt; und zwar erst dann, wenn er die Erbschaft angetreten oder ohne Antretung erworben hat[26].

Um absichtliche Verzögerung der Antretung zu verhüten, ist Kläger berechtigt, von dem eingesetzten Erben binnen einer bestimmten Frist (cf. § 53 Nr. II. B.) eine Erklärung zu fordern, nach deren fruchtlosem Ablauf er zum Erbschaftsantritt gezwungen werden soll[27] (cf. Vangerow § 478 i. f.).

Ob der eingesetzte Erbe selbst Notherbe ist oder nicht, darauf kommt nichts an[28].

2. Die Klage geht auch gegen die Erbeserben. Passiv findet unbeschränkter Uebergang Statt. Daher kann denn auch der Fiscus in Anspruch genommen werden, wenn dieser dem testamentarischen Erben succedirte[29].

3. Auch gegen diejenigen, qui loco heredis sunt. Also

a. gegen den Universalfideicommissar nach erfolgter Restitution[30].

b. gegen denjenigen, welcher dem eingesetzten Erben als einem Unwürdigen die Erbschaft entrissen hat; arg. const. 10 Cod. cit. (cf. Arndts im Rtsl. Bd. 8 S. 98).

c. Das exheredirte Kind hat die querela auch gegen den präterirten emancipatus, welcher durch B. P. contra tabulas sich in den Besitz der Erbschaft gesetzt hat; cit. l. 8 pr. D. 37. 4 (cf. Anm. 2).

---

26) L. 8 § 10 D. 5. 2: . . ante aditam hereditatem nec nascitur querela . .

27) Const. 36 § 2 Cod. 3. 28: . . sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium . . judicis . . compelli, hoc facere.

28) L. 31 § 1 D. h. t.: Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentum querelam pertinet, nihil interest, quis sit heres scriptus, ex liberis, an extraneis, vel municipibus.

29) Const. 10 Cod. 3. 28: Si heredum Quintiani, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inoff. test. acturus eras, jure successionis bona ad fiscum pertinent . . : causam apud procuratorem nostrum agere potes (cf. Francke S. 286 ff).

30) Const. 1 Cod. h. t.: Quum de inoff. matris suae test. filius dicere velit adversus eum, qui ex causa fideicommissi hereditatem tenet: non est iniquum, hoc ei accommodari, ut . . fideicommissarius teneatur, ac si pro herede aut pro possessore possideret.

Digitized by Google

4. Ist in dem Testament, das einen Notherben ausschließt, ein andrer Notherbe zugleich mit einem Fremden eingesetzt, aber auf nicht mehr, als auf seinen Intestaterbtheil, so kann der andre Notherbe gar nicht belangt werden[31]. Seinen Intestaterbtheil müßte er wieder bekommen, wenn das Testament gestürzt wird. Es wird angenommen, daß der eingesetzte Fremde den Theil besitzt, welcher dem klagenden Notherben gebührt; cit. l. 19 D. 5. 2 verb.: totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat.

5. Sind es Geschwister des Erblassers, welche die Querel anstellen, so ist die Eigenschaft des Beklagten als persona turpis erforderlich; const. 27 Cod. cit. (cf. § 129 Anm. 12). Gegen neben der persona turpis instituirte honestae personae ist die Querel unzulässig; cit. l. 24 D. 5. 2 (cf. § 134 Anm. 5).

§ 134.

β. Wirkungen der Querel.

(Cf. die zu § 133 cit. Schriftsteller, namentlich Francke S. 298—312. Vangerow § 479.)

A. Der Querulant kann seine Klage nur auf seinen Intestaterbtheil richten[1]. Ist er also nur ex parte heres ab intestato, so rescindirt er auch das Testament nur pro parte[2].

Sobald auf Rescission des ganzen Testaments rechtskräftig erkannt ist, wenngleich irrigerweise statt der Rescission pro parte: stets bildet dies Urtheil eine allgemein bindende Norm. Das Testament ist beseitigt und es tritt reine Intestaterbfolge ein. Der Sieg kommt auch denjenigen zu Statten, welche an dem Processe keinen Theil nahmen[3].

---

31) L. 19 D. 5. 2: Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit . . . (Letztere soll sich nun nur an den extraneus halten können.)

1) L. 17 D. 5. 2: . . universam hereditatem non recte vindicasset . .

L. 27 § 3 D. eod.: De inoff. test. nepos contra patruum suum vel alium scriptum heredem proportione egerat et obtinuerat . .

Cit. l. 8 § 8 D. eod. (cf. § 133 Anm. 23).

2) L. 19 D. 5. 2. verb: Non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur.

3) L. 19 D. eod.: . . si quis putaverit, filia obtinente totum testamentum infirmari: dicendum est, etiam institutam (die andre eingesetzte Tochter) ab intestato posse adire hereditatem.

Cit. l. 6 § 1 D. eod. (cf. § 129 Anm. 17).

Digitized by Google

B. In folgenden Fällen wird das Testament nur theilweise rescindirt, und gegen die Regel wird der Erblasser pro parte ab intestato, pro parte ex testamento beerbt; cit. l. 15 § 2 D. 5. 2 (cf. § 6 Anm. 5), cit. l. 19 D. eod. (cf. Anm. 2):

1. Querulire ich absichtlich nur gegen einige der eingesetzten Erben, so wirkt die Rescission auch blos diesen gegenüber[4]; auch dann, wenn ich zwar gegen alle querulirte, aber gegen einige nicht durchdrang[5].

2. Die Querel eines übergangenen Bruders rescindirt blos die Erbtheile der eingesetzten persona turpis; l. 24 D. cit. in Anm. 5, cit. const. 27 Cod. h. t. (cf. § 129 Anm. 12).

3. Wenn sich unter den eingesetzten Erben ein Intestaterbe befindet, welcher auf nicht mehr als seine Intestaterbportion eingesetzt ist; cit. l. 19 D. h. t. (cf. § 133 Anm. 31).

4. Wenn neben dem Querulanten noch andre Intestaterben vorhanden sind, die keine Querel haben, z. B. der Intestaterbe ist nicht pflichttheilsberechtigt, oder hat durch schlechtes Betragen seine Querel verwirkt, oder er ist wirklich abgefunden. Hier ist der Erfolg, daß der Querulant nur seinen Intestaterbtheil bekommt. Soweit der Theil der andren Intestaterben geht, bekommt er nichts. Z. B. mein agnatischer Bruder hat eine persona turpis eingesetzt. Ich habe einen Neffen. Dieser und ich sind die einzigen Intestaterben. ½ bekomme ich durch meine Querel, ½ behält ex testamento die persona turpis. Mein Neffe bekommt nichts.

Mit Unrecht behaupten Manche, hier trete für mich Accrescenzrecht ein, so daß ich das Ganze bekomme. Andre: das ganze Testament werde umgeworfen, so daß mein Neffe ½ bekomme (cf. Bangerow S. 315—316).

5. Wenn von mehren vom Erblasser übergangenen Pflichttheils-

---

4) L. 25 § 1 D. 5. 2: Si quis, quum non possit de inoff. queri, ad querelam admissus, pro parte testamentum rescindere tentet, et unum sibi heredem eligat, contra quem .. querelam instituat: dicendum est, quia testamentum pro parte valet et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querelam instituisse.

5) L. 24 D. 5. 2: Circa .. querelam evenire .. assolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. Quid enim si .. heredes scripti diversi juris fuerunt? Quod si fuerit: pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.

Digitized by Google

berechtigten jeder die Querel aufstellt, aber nicht alle durchdringen[6] (cf. Vangerow S. 317).

C. Soweit nun das Testament durch die siegreiche Querel umgestoßen wird, gilt die Erbschaft als vom eingesetzten Erben gar nicht erworben[7]. Folge hiervon ist:

1. daß der eingesetzte Erbe gar keinen Nachtheil erleidet[8];

2. daß auch die übrigen Dispositionen des Testaments, soweit sie sich auf den aufgehobenen Theil desselben beziehen, über den Haufen fallen[9]. Auch die Codicillarclausel hilft für die Vermächtnisse nichts[10] (cf. Mühlenbruch-Glück Bd. 35 S. 365—374). Solche Vermächtnisse, die bereits gezahlt sind, können als unwirksam zurückgefordert werden; l. 8 § 16 D. cit. in Anm. 9. War der Testamentserbe Erbschaftsgläubiger, so gelten seine Forderungen als nicht erloschen[11].

---

6) L. 16 pr. D. 5. 2: Filio, qui de inoff. matris testamento contra fratrem institutum de parte . . egit et obtinuit, filia, quae non egit aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrit.

7) L. 17 § 1 init. D. eod.: Quum contra testamentum ut inofficiosum dicatur, testamenti factionem habuisse defunctum non creditur.

L. 21 § 2 D. 5. 2: Evicta hereditate per inoff. querelam . . perinde omnia observari oportere, ac si hereditas adita non fuisset . .

8) L. 26 D. eod.: Si sub conditione fuerit heres institutus: „si Stichum manumiserit" et manumisisset et posteaquam manumisit, inofficiosum vel injustum testamentum pronuntietur: aequum est, huic . . succurri, ut servi pretium a manumisso accipiat, ne frustra servum perdat.

Cit. l. 21 § 2 D. eod. (cf. Anm. 7). Const. 22 Cod. h. t.

9) L. 8 § 16 D. 5. 2: . . Si de inoff. cognoverit judex et pronuntiaverit contra testamentum . . rescissum est, et suus heres erit, secundum quem judicatum est, et libertates . . non valent, nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo, qui solvit, aut ab eo, qui obtinuit.

L. 28 i. f. D. eod.: . . quum inoff. test. arguitur . ., nihil ex eo valet . .

10) L. 13 D. 5. 2: Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit. Eodem testamento ita cavit: „Ea omnia, quae supra dari fieri jussi, ea dari fieri volo ab omni herede, . . qui mihi erit etiam jure intestati" . . Quaesitum est, si soror centumvirali judicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debentur? Si hoc quaeratur, an jure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes . . futuros credat, fidei committi possit? respondi: posse. Paulus . . probat . ., nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente.

11) L. 21 § 2 med. D. eod.: Ideo et petitionem integram debiti heredi instituto adversus eum, qui superavit, competere . . (cf. Anm. 7).

Digitized by Google

Ausnahmen:

a. Rescindirt die Querel das Testament nur theilweise, so bleibt die Pupillarsubstitution doch ganz bestehen[12] (cf. § 47 Nr. II. 3. b.).

b. Ist der Sieg mit der Querel die Folge eines Contumacialerkenntnisses (contumacia des eingesetzten Erben), oder ist eine Collusion zwischen dem Testamentserben und dem Kläger in Folge einer Verabredung nachgewiesen: so muß der siegende Querulant alle Vermächtnisse prästiren[13], wenn er nicht den Vermächtnißnehmern gegenüber den vollen Beweis seines Rechts erbringt. (Vering S. 410. Vangerow Bd. I. S. 323 ff.) Aus gleichem Grunde muß man im Querelproceß den Vermächtnißnehmern auch wohl das Recht der processualischen Intervention zugestehen.

c. Wenn ein Testament errichtet ist, in dem ein Pflichttheilsberechtigter übergangen worden, weil ihn der Erblasser für todt hielt, so wird die Erbeinsetzung umgeworfen, sämmtliche Vermächtnisse aber müssen prästirt werden[14] (cf. Mühlenbruch-Glück Bd. 35 S. 380 ff.).

d. Wenn eine Frau im Testament ihre pflichttheilsberechtigten Kinder bedacht hat und bei der Geburt eines ferneren Kindes im Wochenbett stirbt, dasselbe also nicht mehr berücksichtigen kann, so soll das Kind nur einen Kindestheil beanspruchen, aber keine querela inofficiosi testamenti anstellen können[15] (cf. Mühlenbruch-Glück Bd. 35 S. 387 ff.).

---

12) L. 8 § 5 D. 5. 2: . . si pro parte patris rescissum est . . pupillare valet.

L. 31 pr. D. 28. 6.

13) L. 17 § 1 med. D. 5. 2 (cf. Anm. 7): Non idem probandum est, si, herede non respondente, secundum praesentem judicatum sit. Hoc enim casu non creditur jus ex sententia judicis fieri. Et ideo libertates competunt et legata petuntur.

L. 14 § 1 D. eod.

14) L. 28 D. h. t.: Quum mater filium militem falso audiisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, . . decrevit, hereditatem ad filium pertinere, ita ut legata et libertates praestentur . . .

L. 27 § 4 D. h. t.: De testamento matris, quae, existimans periisse filium, alium heredem instituit, de inofficioso queri potest.

15) Const. 3 Cod. 3. 28.

Digitized by Google

§ 135.

b. Actio suppletoria.

Schleinitz, Comm. de actione, qua ad legitimam portionem supplendam agitur. Goetting. 1819. Fuhr, Ist nach const. 30 Cod. 3. 28 der prätterirte suus oder emancipatus auf die actio suppletoria beschränkt, sobald ihm Etwas, was der Einrechnung in den Pflichttheil unterliegt, gegeben worden ist? in der Gieß. Zeitschr. Bd. VII. Nr. 9. Arndts § 596. Puchta § 489. Brinz § 203. Sintenis § 200. Böcking Erbr. III. B. § 75. Mühlenbruch-Glück Bd. XXXVI. § 1421 f. Bd. XXXVII. § 1422. Francke S. 328—349. Göschen § 886. Müller S. 822. Vangerow § 483. Vering S. 398—399. Keller § 519. Arndts im Rtsl. Bd. 8. S. 138—141.

A. Wenn der Erblasser, ohne gegen das formelle Notherbenrecht zu fehlen, dem Notherben, der sich gut betragen hatte, etwas gab, aber nicht den ganzen Pflichttheil, so konnte dieser mit der Querel das ganze Testament umstoßen und die Intestaterbfolge herbeiführen. Nur wenn der Erblasser ausdrücklich angeordnet hatte, das am Pflichttheil Fehlende solle ergänzt werden, so hatte der Pflichttheilsberechtigte nur auf Ergänzung Anspruch. Derselbe war geltend zu machen dem Testamentserben gegenüber im judicium familiae erciscundae, Dritten gegenüber mit der hereditatis petitio.

B. Dies änderte aber Justinian schon vor Erlassung der Nov. 115. In const. 30 Cod. 3. 28 bestimmte er: Ist dem Notherben etwas, aber nicht die volle Legitima hinterlassen, so soll er das Testament nicht mehr anfechten, sondern blos Vervollständigung seines Pflichttheils von den im Testament eingesetzten Erben fordern können. Die Klage nennt man actio ad supplendam legitimam, suppletoria seu expletoria oder condictio ex const. 30 Cod. de inoff. test. 3. 28[1].

---

1) Const. 30 pr. Cod. 3. 28: . . et in certis casibus, in quibus de inoff. defunctorum testamentis vel alio modo subvertendis moveri solebat actio . . consulere . . ut — sive adjiciatur in testamento de adimplenda legitima portione sive non — firmum . . sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id, quod minus portione legitima sibi relictum est, adimplendam eam . . exigere; si tamen non ingrati legitimis modis arguantur, cum eas scilicet ingratas circa se fuisse testator dixerit. Nam si nullam eorum quasi ingratorum mentionem fecerit, non licebit ejus heredibus, ingratos eos nominare et hujusmodi quaestiones introducere. Et haec quidem de iis personis statuimus, quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato . . reliquerint. § 1. Sin vero vel

Digitized by Google

1. Ueber die Natur der Klage ist Streit. Manche, namentlich Puchta § 489 i. f. nehmen an: diejenige Klage, mit welcher das ausdrücklich Hinterlassene zu fordern ist, erstrecke sich stets von selbst auch auf diese gesetzliche Ergänzung. Nach Verschiedenheit der Umstände sei die Ergänzung also durch hereditatis petitio oder actio familiae erciscundae oder Vermächtnißklage zu erstreiten. Die Mehrzahl der Civilisten dagegen, namentlich Arndts im Rtsl. l. c. S. 138 ff. fassen mit Recht die Klage auf als eine persönliche aus einer dem Erben gesetzlich auferlegten Obligatio, ähnlich der personalis actio ex testamento, wodurch ein gesetzliches Vermächtniß des Pflichttheils einzufordern sei.

Dagegen kann man allerdings zugeben, daß der Pflichttheilsberechtigte, wenn er zum Miterben ernannt ist, seinen Anspruch auf Ergänzung auch im Erbtheilungsstreite geltend machen könne.

2. Alle Eigenheiten der querela inoff. test. fallen hier weg. Es liegt eine rein pecuniäre Klage vor, die auf Ergänzung des Pflichttheils durch eine Geldsumme geht.

a. Die Klage währt 30 Jahre, nicht wie die Querel blos 5 Jahre. Nicht entgegen steht const. 34 Cod. h. t., in der der Satz: tunc etenim . . . competebat als Parenthese auszuscheiden ist (cf. Francke S. 335 ff.).

b. Sie geht ohne Präparation auf die Erben des Klägers über, wie die Klage aus einem Vermächtniß post diem legati cedentem; cit. const. 34 Cod. 3. 28 (cf. Mühlenbruch-Glück Bd. 7 S. 147).

c. Nur durch ausdrücklichen Verzicht wird sie ausgeschlossen[2], nicht durch die Anerkennung der Gültigkeit des Testaments, ins-

---

praeterierint aliquam eorum personam . . vel exheredatione vel alia eorum mentione facta, nihil eis penitus reliquerint: tunc vetera jura locum habere sancimus (cf. const. 31 Cod. eod.).

§ 3 I. 2. 18: . . Si quantacunque pars hereditatis vel res iis fuerit relicta: de inoff. querela quiescente, id quod iis deest, usque ad quartam legitimae partis repletur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.

Const. 36 pr. Cod. 3. 28 verb.: omnimodo, etsi non adjiciatur: viri boni arbitratu repleri (debitam portionem) attamen ipso jure inesse repletionem.

2) Const. 35 § 2 Cod. 3. 28: . . Legitimam partem repleri; nisi hoc specialiter sive in apocha sive in transactione scripserit vel pactus

Digitized by Google

besondre nicht durch die Annahme des darin Hinterlassenen (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 141).

3. Sie geht gegen die Erben[3], resp. Miterben, und zwar gegen mehre nach Verhältniß ihrer Erbquote, auch gegen die Erben der Erben und ebenso auch gegen den Universalfideicommissar.

a. Sind aber unter den Erben selbst Pflichttheilsberechtigte, so muß diesen natürlich ihr Pflichttheil ebenfalls ungeschmälert bleiben und wenn daher ein solcher nur auf seinen Pflichttheil eingesetzt ist, während andre auf mehr als den Pflichttheil eingesetzt sind, oder gar kein Pflichttheilsrecht haben, so kann die Ergänzungsklage nur gegen diese, nicht auch gegen jenen gerichtet werden; denn dieser würde ja dann selbst wieder in den Fall gesetzt sein, Ergänzung seines geschmälerten Pflichttheils zu fordern.

b. Der Pflichttheilsberechtigte wird nicht dadurch verletzt, daß gleichberechtigte Intestaterben auf nicht mehr als ihren Intestaterbtheil eingesetzt sind, sondern nur dadurch, daß extranei eingesetzt sind, oder daß Intestaterben auf mehr als ihren Intestaterbtheil eingesetzt sind. Bei der querela inoff. test. galt, wie wir sahen, der Satz, daß sie nur gegen diejenigen zulässig sei, welche mehr als ihren Intestaterbtheil erhalten haben[4] (cf. § 133 Nr. B. 3). Dieser Satz hat daher auch bei der actio suppletoria zu gelten (cf. Francke S. 334).

C. Nach Nov. 115 cap. 5 pr. (cf. § 137 Anm. 2) ist die Ergänzungsklage den Descendenten und Ascendenten nur dann nothwendig, wenn sie selber mit zu Erben ernannt sind, aber auf zu wenig; denn nach der Novelle müssen alle Descendenten oder Ascendenten, sobald kein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben ist, nothwendig zu Erben ernannt sein, widrigenfalls ihnen weitergreifende Rechtshülfen zu Gebote stehen (cf. § 137. 139). Da indeß die suppletoria den subsidiarischen Character der Querel nicht hat, so wird sie durch diese weitergreifenden Klagen keineswegs ausgeschlossen.

D. In den cit. Stellen ist ausdrücklich verordnet, daß bei zu geringer Bedenkung statt der querela die actio suppletoria allen

---

fuerit, quod, contentus relicta vel data parte, de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem . .

3) Nov. 115 cap. 5 pr.: . . ab heredibus expleatur . .

4) L. 19 D. 5. 2.

Digitized by Google

Personen zustehen soll, welche nach ältrem Recht die Querel hatten. Daher ist es irrig, zu behaupten, die Geschwister hätten stets die Querel (cf. Marezoll l. c.).

E. Gegen die suppletoria hat Beklagter nur dann die Einrede, „Kläger habe sein Pflichttheilsrecht durch schlechtes Betragen verloren", wenn Erblasser im Testament erklärt hat, wegen einer (bestimmt angegebenen) gesetzlichen Enterbungsursache schmälere er demselben seinen Pflichttheil. Auch hier muß der beklagte Testamentserbe dem klagenden Notherben die Enterbungsursache nachweisen; cit. const. 30 pr. Cod. 3. 28 (cf. Anm. 1, Francke S. 340).

§ 136.

c. Querela inofficiosae donationis et dotis.

Cod. de inofficiosis donationibus (3. 29). Cod. de inofficiosis dotibus (3. 30).

Donellus, Comment. lib. XIX. cap. 11. Lauterbach, De donat. inoff. in Diss. acad. Tom. II. Nr. 73. Hille, De immodicar. donationum querela. Marb. 1828. Zimmern in seinen und Neustetel's römisch-rechtl. Untersuchungen S. 158 ff. Ende, Jurist. Ausführg. Nr. 8. Hannover 1816. Kritz, Ereg. pract. Abhdlg. Nr. 5. Schneider. Die subsidiären Klagen. Th. II. cap. 5. Breidenbach, Zur Lehre von der Rescission pflichtwidriger Schenkungen, im civil. Arch. Bd. XXVII. Nr. 14. XXVIII. Nr. 2. Arndts § 597. Puchta § 491. Sintenis § 200. Brinz § 203. Holzschuher S. 779—786. Böcking Grdr. III. B. § 78. Mühlenbruch-Glück Bd. 7. § 550. S. 156 ff. Bd. 37. § 1421 g. S. 38 ff. Francke S. 498—544. Göschen § 541. Müller S. 820—821. Vangerow § 482. Vering S. 411—414. Keller § 518. Köppen S. 129—132. Arndts im Rtl. Bd. 8. S. 162—170.

Wenn jemand den Pflichttheil seiner Angehörigen durch übermäßige Schenkungen unter Lebenden verkümmert, so war im früheren Recht keine Abhülfe. In den Pandecten wird, weniger klar, davon gesprochen[1]. Spätere Gesetze seit Alexander Severus schufen ein Schutzmittel. Sie bestimmten: Der Erblasser dürfe auch schon bei seinen Lebzeiten nicht durch übermäßige Liberalitäten gegen Andere die künftigen Ansprüche seiner Notherben beeinträchtigen. Wenn nun aber trotzdem eine solche Schmälerung oder Entziehung des Pflichttheils durch Schenkungen unter Lebenden[2], oder durch Bestellung einer Dos

1) L. 87 § 3 D. de leg. II.: . . Si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querelae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse: ratio deposcit, id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari.

2) Const. 8 pr. Cod. 3. 29: Si liqueat, matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, quum

Digitized by Google

Statt gefunden hat[3], so wird dem Verkürzten geholfen nach Analogie der querela inoff. testamenti[4] durch die heute sogen. querela inofficiosae donationis vel dotis.

I. Querela inofficiosae donationis. Was

A. die Voraussetzungen dieser Querel anlangt, so kann dieselbe

1. nur im Falle einer Schenkung unter Lebenden Statt finden. Mortis causa donationes stehen in dieser Beziehung, wie bei der Falcidischen Quart, den Vermächtnissen gleich, sind demnach, soweit sie den Pflichttheil verletzen, von selbst ungültig[5] (cf. § 103).

---

adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum judicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelae ratio deposcat, quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur.

Nov. 92 cap. 1 pr.: . . illud volumus, ut, si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habeat in distributione hereditatis tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit, priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea honoravit, faceret. Sic enim nihil ulterius in donationibus querentur, qui habent quidem in omni substantia patris quod legitimum est, in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris ante, quam donationibus exhauriretur, non valentibus filiis, qui donationibus honorati sunt, dicere, contentos se quidem esse immensis his donationibus, videri autem abstinere paterna hereditate, sed neque cogendis quidem, si contenti sunt donationibus, suscipere hereditatem. Necessitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus, quod hinc differt, secundum quam scripsimus mensuram, ut non minus habeant illi, quod ex legibus eis debetur, propter factam in donationibus immensitatem . . . .

3) Const. unic. Cod. 3. 30: Quum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, concordare legibus promtum est, ut, ad exemplum inoff. testamenti, adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur.

4) Const. 2 Cod. 3. 29: Si pater omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit, . . ad similitudinem inoff. querelae auxilium tibi aequitatis impertiet.

Const. 1 Cod. eod.: Si, ut allegas, mater vestra ad eludendam inoff. querelam paene universas facultates suas, dum ageret in rebus humanis, factis donationibus sive in quosdam liberos sive in extraneos exhausit, ac postea vos ex duabus unciis fecit heredes, easque legatis . . exinanire gestivit: non injuria juxta formam de inoff. testamento constitutorum subveniri vobis, utpote quartam partem non habentibus, desideratis.

5) L. 17 D. 39. 6: . . possunt videri . . donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar obtinent.

Const. 2 Cod. 8. 57.

Digitized by Google

Vermögensveräußerungen unter onerosem Rechtstitel sind insofern ebenfalls anfechtbar, als in denselben eine versteckte Schenkung enthalten ist[6] (cf. § 143 Nr. C. 2 i. f.).

2. Die Schenkung muß ihrem Betrage nach eine übermäßige, immodica und daher pflichtwidrige, inofficiosa sein. Dies ist diejenige, die den Pflichttheil nicht im Vermögen zurückläßt, nicht dagegen jede, welche den Pflichttheil mindert; denn jede Schenkung vermindert den Pflichttheil der Summe nach. Es muß so viel weggeschenkt sein, daß der Pflichttheil nicht im Vermögen zurückgeblieben ist. Wer z. B. einen Sohn und ein Vermögen von 12000 fl. hat, darf nicht über 8000 fl. verschenken; denn der Sohn hat $\frac{1}{2}$ = 4000 fl. als Legitima zu fordern. Die Erbschaft darf also durch eine oder mehre Schenkungen nicht auf einen Betrag heruntergebracht werden, wonach sie beim Tode des Erblassers den Notherben nicht mehr so viel abwirft, als ihr Pflichttheil betragen haben würde, wenn der Erblasser zur Zeit der Schenkung, und ohne sie gemacht zu haben, gestorben wäre. Nov. 92 cap. 1 pr. cit.

a. Die actio ist nata mit dem Tode des Schenkers, sei es daß derselbe testatus oder intestatus verstorben ist[7]. Um aber zu bestimmen, ob wirklich eine Pflichttheilsverletzung vorliege, ist auf den Betrag des Vermögens zur Zeit der Schenkung zu sehen; const. 1 Cod. 3. 29 cit. Wenn nach diesem der Pflichttheil nicht verkürzt erscheint, so soll eine erst nach jenem Zeitpunct erfolgte, z. B. zufällige Verminderung des erblasserischen Vermögens ohne Wirkung sein, obgleich dieselbe, wenn sie schon damals vorhanden gewesen wäre, den Pflichttheil allerdings beeinträchtigt würde erscheinen lassen. Schenke ich z. B. von meinen 12000 fl. 8000 fl. und büße später noch 2000 fl. ein, so ist die Schenkung nicht anzufechten. Besitze ich dagegen 12000 fl., büße 2000 fl. ein und verschenke nun 8000 fl., so ist sie anfechtbar. Aber auch selbst dann, wenn zur Zeit der Schenkung oder Dotirung eine Verletzung bewirkt ist: so soll der Pflichttheilsberechtigte nach Erblassers Tode die resp. Klagen dennoch nicht anstellen können:

α. Wenn Schenker zwischen Schenkung und Tod durch einen ge-

---

6) Cod. Plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur 4. 22.

L. 44 D. 44. 7. Const. 31 Cod. 2. 4.

7) Cit. const. 3 i. f. Cod. h. t. (cf. Anm. 8).

Digitized by Google

machten Vermögenserwerb jene Verkürzung wieder ausglich, z. B. von meinen 12000 fl. verschenke ich 9000 fl., habe also 1000 fl. zu wenig, um sie meinem Sohne zu hinterlassen, gewinne aber hernach in der Lotterie 1000 fl. Nur ist hier bei der Berechnung der Größe des Pflichttheils auch die spätre Vermehrung des Vermögens mit in Anschlag zu bringen, z. B. ich habe 8000 fl. und 5 Kinder. Pflichttheil also = ½; 4000 fl. Ich verschenke 5000 fl. Dann gewinne ich 1000 fl.. Meine Kinder können hier zur Ergänzung ihres Pflichttheils von der Schenkung 500 fl. revociren, weil dieser in Folge des Gewinns von $\frac{8000}{2}$ fl. auf $\frac{9000}{2}$ fl. gestiegen ist (cf. Arndts im Rtsl. Bd. 8 S. 167).

β. Wenn in dem Personenstande der Notherben inzwischen eine solche Verminderung eintritt, daß der Pflichttheil von ½ auf ⅓ herabsinkt. Z. B. wenn zur Zeit der Schenkung 5 vorhanden sind und das ½ derselben durch die donatio beeinträchtigt ist, später aber einer derselben stirbt, so daß der Pflichttheil auf ⅓ herabsinkt und die Schenkung ⅙ frei läßt.

b. Das Vermögen kann erschöpft werden durch eine oder mehre Schenkungen, durch Schenkungen an eine oder mehre Personen, durch gleichzeitige oder aufeinander folgende. Es müssen also alle Schenkungen zusammengerechnet werden, um zu sehen, ob übermäßig geschenkt sei[8]. Sind mehre Schenkungen zu verschiedenen Zeiten geschehen, so sind diese nicht, wie Manche behaupten, alle gleichmäßig pro rata anzufechten, sondern bei jeder einzelnen wird es sich fragen, in wiefern dadurch der Pflichttheil verkürzt worden sei; und diejenige Schenkung, mit der die Läsion beginnt, ist anfechtbar und pro rata auch alle auf diese folgenden (cf. Francke S. 514).

3. Beim erweislichen Vorhandensein von Enterbungsursachen der Nov. 115 findet die Querel nicht Statt. Die Beweislast trifft den Beklagten[9].

---

8) Const. 3 Cod. 3. 29: Precibus tuis proposita rescripta eos parentes denotant, qui, quum, testamento facto, vivi patrimonium suum immensis donationibus exinanissent, inane nomen heredum liberis reliquerunt. Sed ad intestatos quoque eadem ratio aequitatis extenditur.

Const. 6 Cod. eod.

9) Nov. 92 cap. 1 § 1: Haec itaque dicimus de filiis gratis exsistentibus eis, non de ingratis, et quibus pater justam et legitimam ingratitudinem infert. Nam si hoc ita se habere apparuerit, et approbentur in-

Digitized by Google

4. Wenn der Pflichttheil nur verletzt ist, so braucht der Notherbe schwerlich noch außerdem die böslichе Absicht des Schenkers nachzuweisen[10], so sehr auch die durchschnittliche Voraussetzung einer solchen zur Aufstellung dieses ganzen Rechtsinstituts motivirend mitgewirkt haben mag. Der Pflichttheil soll so wenig durch Schenkung, wie durch letztwillige Disposition geschmälert werden, und auch wer aus Leichtsinn dem Notherben den Pflichttheil entzieht, handelt ebenfalls lieblos. Nov. 92 cap. 1 cit. Bei der querela inoff. testamenti, deren Analogie hier gilt, ist nie der Beweis des dolus verlangt worden; cit. l. 27 § 4 D. 5. 2 (cf. § 134 Anm. 14).

Daß auf die Absicht des Schenkers nichts ankommen soll, bestimmt auch das östreichische bürgerliche Gesetzbuch im § 951, das preußische Landrecht Th. I. tit. XI. § 1113.

5. Was die Subjecte der Querel anlangt, so kann

a. als Kläger jeder Notherbe auftreten, welcher der nächste ist, auch Geschwister gegen eine immodice beschenkte persona turpis. Ausdrücklich wird freilich diese Querel nur Eltern und Kindern beigelegt; const. 1. 2. 4 Cod. h. t. cit. Allein sie den Geschwistern zu versagen hat nicht nur die communis opinio gegen sich, sondern dürfte auch gegen die Bestimmung der Gesetze verstoßen, nach welcher diese Querel in allen Stücken nach der Analogie der querela inoff. testamenti gegeben wird.

Der Schenker selbst kann seine Schenkung als eine inofficiose nicht zurücknehmen. Nur in einem Falle kann auch er es, wenn ihm später noch Kinder nachgeboren werden[11]. Hier steht ihm eine so-

---

gratitudinis causae, sint ea, quae in lege de ingratis (Nov. 115) posita sunt, rata, nihil hac nostra legislatione minuenda.

Cit. const. 9 Cod. 3. 29 (cf. Anm. 10).

10) Const. 9 Cod. 3. 29: Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querela ad similitudinem inoff. testamenti legibus fuerit introducta, et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda vel idem et temporibus et moribus (moribus bezieht sich auf Lieblosigkeit und ingratitudo).

Cf. cit. l. 87 § 3 D. de leg. II. (Anm. 1).

Cit. const. 1 Cod. h. t. (Anm. 4).

Const. 8 Cod. h. t.

11) Const. 5 Cod. 3. 29: Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emancipatos filios contulisti, id, quod ad summovendam inoff. testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est, ex factis donationibus detractum, ut filii vel nepotes, qui postea . . nati

Digitized by Google

gen. condictio ex lege zu, nicht die querela inofficiosae donationis, da im Augenblicke der Schenkung gar keine Inofficiosität vorlag (cf. Vangerow S. 329).

Der Querulirende muß jede Schenkung, welche er vom Verstorbenen erhielt, sich anrechnen lassen[12].

b. Belangt wird der Beschenkte oder dessen Erbe. Die Klage ist eine persönliche Rescissionsklage. Gegen dritte Besitzer ist sie unstatthaft.

B. Wirkung der Querel.

Soweit keine besonderen Gründe entgegenstehen, sind bei dieser Querel die Eigenthümlichkeiten der querela inoff. testamenti anzuwenden; const. ult. Cod. cit. So die Verjährungszeit von 5 Jahren, zu rechnen a morte donatoris[13], die Subsidiarität[14], der Uebergang auf die Erben des Verletzten, wenn dieser den Willen, sein Recht geltend zu machen, an den Tag gelegt hatte[15], und endlich die Beseitigung der Querel durch Anerkennung von Seiten des Verletzten.

Bestritten ist aber die Wirkung der Querel. Die Einen sagen, die Schenkung wird gänzlich aufgehoben, wie bei der querela inoff. testamenti auch das ganze Testament aufgehoben wird. Andere sagen, nur so weit werde die Schenkung rescindirt, als der Pflichttheil verletzt sei. Nach allgemeinen Grundsätzen ist zwar die erste Meinung vorzuziehen. Die Gesetze jedoch sprechen deutlich aus, der Notherbe

---

sunt, debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum revertetur.

12) Const. 7 Cod. eod.: Si mater tua patrimonium suum ita profunda liberalitate in fratrem tuum evisceratis opibus suis exhausit, ut quartae partis dimidium, quod ad excludendam inoff. test. querelam adversus te sufficeret, in his donationibus, quas tibi largita est, non habeas: quod immoderate gestum est, revocabitur.

13) Cit. const. 9 Cod. h. t. (cf. Anm. 10).

14) Const. 4 Cod. 3. 29: Si filius tuus immoderatae liberalitatis effusione patrimonium suum exhausit: praesidis provinciae auxilio uteris. Qui, discussa fide veri, si, in integrum restitutionem ex filii persona competere tibi ob improbabilem donationis enormitatem, animadverterit: in removendis his, quae perperam gesta sunt, tibi subveniet. Ideoque non est tibi necessarium adversus immodicas donationes auxilium ad instar inoff. testamenti.

Cf. cit. const. 2 Cod. h. t. (cf. Anm. 4).

Vat. Fragm. § 281.

15) Cit. const. 9 Cod. h. t. (cf. Anm. 10) cf. l. 6 § 2 l. 7. 8 pr. D. 5. 2. Const. 5 Cod. 3. 28.

Digitized by Google

könne nur Zurückgabe von so viel verlangen, als zur Vervollständigung seines Pflichttheils nöthig ist, wie er zur Zeit der Schenkung gewesen wäre[16]; const. 2. 7 Cod. cit. (cf. Vangerow S. 330. Arndts im Rtsl. Bd. 8 S. 164—165. Breidenbach l. c. S. 339—344). In diesem Puncte steht daher die querela inoff. donationis näher der actio suppletoria, als der querela inoff. testamenti.

II. Querela inofficiosae dotis.

Das Uebermaaß einer gegebenen Dos fällt ebenfalls unter den Gesichtspunct einer inofficiosa donatio. Mit der querela inoff. dotis revocirt der Verletzte diese dos gegenüber dem Ehemann, oder, nach Auflösung der Ehe, gegenüber dem Rückempfänger der dos: unter gleichen Voraussetzungen und zu gleichem Zweck; const. unic. Cod. 3. 30 cit. in Anm. 3).

III. Das Recht der Novelle 115.

Mühlenbruch-Glück Bd. 7. § 543. 551. Bd. 37. § 1423—25 d. Bd. 38. § 1425 f. Deutsches Recht. Heumann, Ueber das neueste Notherbenrecht nach Nov. 115 in der Gieß. Zeitschr. Bd. XVII. Nr. 4. Schmidt l. c. S. 153—192. Francke S. 350—485.

§ 137.

A. Inhalt der Novelle.

Heumann l. c. S. 232 ff. Arndts § 598. Puchta § 492. Brinz § 174. Sintenis § 195. § 197. Holzschuher S. 743—749. Böcking Erbr. III. B. § 79. Mühlenbruch-Glück Bd. 37. S. 213 ff. Bd. 41. S. 184 ff. Francke S. 350—354. S. 391—404. Göschen § 861. 863. 887. Müller S. 823. Vangerow § 484. Vering S. 415—418. Keller § 521. Schmidt S. 153—162. Arndts im Rtsl. Bd. 8. S. 104—105. S. 141—144.

Die Hauptfrage ist, wie viel durch diese Novelle an dem Bisherigen geändert ist. Nach dem alten Recht machte die Präterition eines suus und postumus das Testament des Vaters ipso jure nichtig, so daß von selbst Intestaterbfolge eintrat. Der Präterirte, wenn er emancipirt war, hatte eine B. P. contra tabulas gegen das formell gültige

16) Const. 8 pr. Cod. 3. 29: . . quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inoff. testamenti convicti deminuetur.

Const. unic. Cod. 3. 30: . . conquerentibus emolumenta debita deferantur.

Nov. 92 cap. 1 pr.: . . ut non minus illi habeant, quam quod ex legibus eis debetur . . .

Vat. Frag. § 280.

Digitized by Google

Testament. Wenn Beide exheredirt waren, oder wenn andren Notherben nichts hinterlassen war, so hatten diese die querela inofficiosi testamenti. Alle, denen etwas hinterlassen war, sollten nach Justinian nur die suppletoria actio haben (cf. § 135 Nr. B.).

Das formale Notherbenrecht der sui, postumi und emancipati dehnte Justinian schon im Codex auf alle weiblichen Descendenten aus[1].

Dies ältre Recht hat Justinian in Nov. 115 cap. 3—5[2] im Jahre 542. sehr mit Recht gänzlich geändert. Allein Unterschied

---

1) Const. 4 § 1 Cod. 6. 28: Sancimus . ., in scriptura testamentorum eas honorari et similibus verbis exheredationes nominatim procedere, et contra tabulas B. Pionem talem habere, qualem filius suus vel emancipatus, ut et ipsa, si fuerit praeterita, ad instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso jure evertet vel per contra tabulas B. Pionem stare hoc non patiatur . . .

2) Nov. 115 cap. 3 pr.: Sancimus . ., non licere . . patri vel matri, avo vel aviae . ., suum filium vel filiam vel ceteros liberos praeterire aut exheredes in suo facere testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum . . vel alium quemcunque modum eis dederint legibus debitam portionem: nisi . . probabuntur ingrati et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerunt testamento.

§ 14 i. f.: Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praejudicium generari, sed, quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato . . venire (*ὅσον εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων ἀνήκει, τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης, εἰς τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν τοὺς παῖδας ἐξ ἀδιαθέτου . . ἔρχεσθαι*); ne liberi falsis accusationibus condemnentur vel aliquam circumscriptionem in parentum substantiis patiantur. Si tamen contigerit in . . testamentis . . legata . . aut libertates aut tutorum dationes relinqui vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari: ea omnia jubemus adimpleri et dari illis, quibus fuerunt derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum (*ὡς εἰ κατὰ τοῦτο τὸ μέρος μὴ ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει*).

Cap. 4 pr.: . . Sancimus . ., non licere liberis, parentes suos praeterire aut quolibet modo rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos . . alienare (praeterito*ὺς καταλιμπάνειν ἢ καθ' οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους . . ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι*): nisi causas, quas enumerabimus, in suis testamentis specialiter nominaverint.

§ 9. Si tales igitur causas vel certas vel unam ex his liberi suis testamentis inscripserint, et scripti . . heredes aut omnes . . aut unam ex his probaverint: testamentum in sua firmitate manere praecipimus. Sin autem haec non fuerint observata, nullam

Digitized by Google

zwischen den verschiedenen Arten der Descendenten und zwischen Descendenten und Ascendenten hob er völlig auf. Er bestimmte Folgendes:

I. Will Erblasser Descendenten oder Ascendenten, die seine nächsten Notherben sind, von der Erbschaft ausschließen, so muß er dazu nicht nur eine gerechte Ursache haben, sondern sie auch im Testament ausdrücklich anführen. Nov. 115 cap. 3 pr. cap. 4. pr. cit.

II. Muß die Ursache eine von denen sein, die die Novelle näher angiebt: sogen. Novellenursache, causa justa ingratitudinis. Es sind dies bei Descendenten 14, bei Ascendenten 8, sämmtlich tadelnswerthe Handlungen. Von der Enterbung eines infans oder nasciturus kann nicht mehr die Rede sein (cf. § 140).

III. Der verletzte Notherbe hat nicht dem Testamentserben sein gutes Betragen zu beweisen, sondern ihm hat der Testamentserbe zu beweisen, daß er sich der im Testamente angegebenen Novellenursache schuldig gemacht habe, oder, falls mehre aufgeführt sind, wenigstens einer derselben[3]. Nov. 115 cap. 3 pr. cit. cap. 4 § 9 cit. Der Beweis einer nicht angegebenen kann den mangelnden Beweis der angegebenen nicht ersetzen.

---

vim hujusmodi testamentum, quantum ad institutiones heredum, habere sancimus, sed, rescisso testamento eis, qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus (*μηδεμίαν δύναμιν τὴν τοιαύτην διαθήκην . . ἔχειν, θεσπίζομεν, ἀλλὰ, ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης, τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευτήσαντος κληρονομίαν καλοῦμεν καὶ πρὸς αὐτοὺς τὰ ἐκείνου πράγματα δίδοσθαι διατυποῦμεν*); legatis . . et libertatibus et tutorum dationibus seu aliis capitulis . . suam obtinentibus firmitatem.

Cap. 5 pr.: Haec autem disposuimus, ut et parentes et filios a testamentorum injuria liberos reddamus. Ceterum si qui heredes fuerint nominati, etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti, in hoc testamentum . . nullatenus solvi praecipimus (*ἐν τούτῳ τὴν μὲν διαθήκην μὴ ἀνατρέπεσθαι*): quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc . . ab heredibus impleri. Sola enim est nostrae serenitatis intentio, a parentibus et liberis injuriam praeteritionis et exheredationis auferre . . .

3) Nov. 115 cap. 3 § 14 i. f.: Sive . . memoratas causas ingratitudinis, sive ex his . . unam . . , parentes in testamento suo inseruerint, et scripti heredes . . nominatas causas, vel unam ex his, veram esse monstraverint: testamentum suam habere firmitatem decernimus . .

Digitized by Google

IV. Jeder Erblasser, männlicher oder weiblicher, muß gegen Descendenten, resp. Ascendenten, sofern sie im concreten Falle seine Notherben sind, nach Nov. 115 eine gewisse Form beobachten, „rite testiren nach neuerem Recht", also auch die Mutter gegen ihre Kinder, und die Kinder gegen die Eltern. Er muß nämlich entweder:

A. Dem Notherben die Ehre erweisen, ihn zum Erben zu ernennen, wenn auch nur auf ein Unbedeutendes, z. B. eine res certa. Nov. 115 cap. 5 pr. cit.

1. Sollte eine Erbeinsetzung auf nichts vorkommen, so ist sie schwerlich für gültig zu halten. Eine Einsetzung auf nichts ist nichts[4].

2. Eine Einsetzung auf Sachen, die dem Notherben in den Pflichttheil eingerechnet werden, müßte man gelten lassen, z. B. wenn eine Tochter auf die Dos eingesetzt wäre (cf. Francke S. 351).

3. Eine bedingte Erbeinsetzung kann man nicht gelten lassen. Das Notherbenrecht wäre illusorisch. Ausgenommen, wenn der Testator den Notherben aus gesetzlichen Gründen ohnehin ausschließen konnte und dies angegeben ist (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 142—143 gegen Vangerow S. 335).

4. Ist der Notherbe vulgariter substituirt, d. i. secundo vel tertio etc. gradu instituirt, so werden nur die vorhergehenden Grade, in Ansehung deren er weder eingesetzt noch rite enterbt ist, beseitigt, und mit den in gleichem Grade eingesetzten Erben erbt er als testamentarischer Erbe.

5. Ist der Notherbe zum Erben ernannt, aber auf weniger als seinen Pflichttheil, so kann der Erblasser ihm das minus durch Vermächtniß oder mortis causa donatio hinterlassen, bedingungsweise auch durch inter vivos donatio (cf. § 131 Nr. II.). Eventuell hat der Notherbe die suppletoria.

Beispiele:

„Meine Tochter soll meine Erbin sein und meinem Sohne den doppelten Pflichttheil als Vermächtniß geben". Hier ist nicht rite testirt, weil der Sohn nicht zum Erben ernannt ist. Nov. 115 cap. 3 pr. cit. „Meine Tochter setze ich als Erbin ein, auch meinen Sohn,

4) L. 17 § 3 D. 28. 5: Sed si, asse expleto, alium sine parte heredem scripserit, in alium assem veniet. Aliter atque si ita scripsisset, expleto asse: „ex reliqua parte heres esto", quoniam, quum nihil reliquum est, ex nulla parte heres institutus est.

Digitized by Google

diesen aber blos auf mein Corpus juris". Hier ist rite testirt. Mein Sohn hat nur die suppletoria gegen seine Schwester. Nov. 115 cap. 5 pr. cit.

B. Will Erblasser den Notherben nicht zum Erben ernennen, oder ihm nicht den ganzen Pflichttheil geben, so muß er eine Novellenursache haben und diese direct oder indirect im Testamente anführen. Gleichgültig aber ist es dann, ob er ihn auch noch ausdrücklich exheredirt, oder blos präterirt. Z. B. „Meine Tochter soll meine Erbin sein und meinem Sohne blos 100 fl. als Vermächtniß geben, weil er mich gröblich injuriirt hat", oder: „Meine Tochter soll meine einzige Erbin sein, weil von meinen Kindern sie allein mich nicht gröblich injuriirt hat". Beides ist gültig. Der Sohn ist gültig ausgeschlossen, vorausgesetzt, daß die Tochter beweist, daß er sich der Injurie schuldig machte. Nov. 115 cap. 3 pr. cap. 4 pr. cap. 5 pr. cit.

§ 138.

B. Verhältniß der Novelle zum alten Recht.

Seuffert, Erläuterungen zu den Lehren des Erbrechts. S. 46 ff. Heumann l. c. S. 246 ff. Arndts § 598 Anm. i. f. Puchta § 493. Brinz § 174. Sintenis § 195. Anm. 1. § 197. Böcking Erbr. III. B. § 80. Mayer Erbr. § 100—105. Bluntschli S. 234 ff. Mühlenbruch-Glück Bd. 37. § 1425 b ff. Francke S. 350—366. S. 391—404. Göschen § 863. Müller S. 825 Anm. 5. Bangerow § 486. Bering S. 424—429. Keller § 521. Schmidt S. 182—193. Köppen S. 162—166. Arndts im Rtel. Bd. 8. S. 116—121.

Es entsteht die Frage: ob neben dem Recht der Nov. 115 noch die Bestimmungen des ältren Rechts über Präterition der sui, postumi et emancipati als besondres Recht dieser Classe von Notherben fortbestehen, oder nicht? ob also nach neuestem Römischen Recht und bei uns ein männlicher Erblasser gegen sui, postumi et emancipati außer der Form der Nov. 115 auch noch die alte im § 126 dargestellte zu beobachten habe, oder nicht? Die Ansichten unsrer bedeutendsten Rechtslehrer sind getheilt.

Die Einen bejahen diese Frage. Sie behaupten also: Der suus ꝛc. müsse erst nach den Grundsätzen des Pandectenrechts förmlich enterbt werden, nominatim, a tota hereditate etc. Seien diese Formen nicht beobachtet, so sei wegen Präterition des suus das Testament ex jure vetere nichtig, der Emancipirte habe die B. P. contra tabulas. Erst wenn diese Formen beobachtet seien, dann trete die Nov. 115

Digitized by Google

hinzu, d. h. es müsse außerdem ein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben und bewiesen sein.

Als Gründe führt man an: Im Zweifel sei die Fortdauer des alten Rechts zu präsumiren; allein solche Präsumtionen giebt es nicht. Ferner: correctorische Gesetze seien strict zu interpretiren. Dieser Satz steht nirgends geschrieben. Es ist allerdings richtig, wenn ein neues Gesetz blos Specialia am alten Recht ändert, so bleibt im Uebrigen das alte Recht. Allein wenn das neue Gesetz das alte Grundprincip aufhebt und ein neues hinstellt, so sind auch die speciellen Grundsätze aufgehoben und damit alle Folgesätze. Man behauptet: Justinian unterscheide in der Novelle sui et emancipati einerseits, die übrigen Notherben andrerseits. Bei den ersten verlange er die alte Exheredation, bei den übrigen nicht. Dies ist aber irrig. Justinian verlangt nicht die Formen der alten Exheredation für sui et emancipati, er verbietet die willkührliche Exheredation. Zur Form der Enterbung verlangt er blos, daß ein gesetzlicher Grund der Ausschließung angegeben sei. Dies genügt.

Diese Meinung nennt Bluntschli das Enterbungs-System, Mühlenbruch das Corrections-, Puchta das Additional-System. Ihr zufolge ist die Nov. 115 nur ein ergänzender Nachtrag des früheren ältren Notherbenrechts. Zu den Hauptvertheidigern derselben ältrer Zeit gehört Cujacius, neuerer Zeit Vangerow, Vering und Schmidt.

Andre Rechtslehrer verneinen unsre Frage, betrachten vielmehr die Novelle als ein das frühere ältre Notherbenrecht umgestaltendes und vereinfachendes selbstständiges Gesetz. Diese Ansicht nennt Bluntschli das Ausschließungs-System, Mühlenbruch das vollständige Derogations-, Puchta das Reform-System. Zu den Hauptvertheidigern dieser Ansicht gehören Bluntschli, Francke, Arndts.

Eine Mittelmeinung geht dahin, daß für die sui et emancipati zwar das Recht auf Beobachtung der alten Form neben dem Recht aus der Novelle noch bestehe, daß aber in jedem Falle (also bei dem Verstoß wider die alte Form ebenso gut wie bei dem gegen die Vorschriften der Novelle) lediglich die von der Novelle angeordneten Folgen einzutreten haben, mithin niemals die altcivile Nullität, niemals

Digitized by Google

B. P. contra tabulas. Diese Meinung wird von Mühlenbruch vertreten.

Absolut unhaltbar ist Puchta's Ansicht, wonach in Folge der Nov. 115 die Formvorschriften des früheren Rechts auf alle Descendenten und Ascendenten anzuwenden seien, und, wenn dagegen gefehlt sei, stets ausschließlich die Klage aus Nov. 115 zulässig sei. Denn Justinian spricht in Nov. 115 auch nicht mit einer Silbe von den Formvorschriften des alten Rechts und dem Geiste des Justinianischen Rechts ist jedenfalls eine Aufhebung derselben entsprechender, als deren Ausdehnung (cf. Vangerow S. 355).

Das Derogations-System entspricht den auf Vereinfachung und Abklärung des positiven Rechts gerichteten Tendenzen Justinian's jedenfalls am meisten, hat gar manche innere Gründe für sich, ward schon von den Glossatoren angenommen und wird in der heutigen Praxis durchgängig befolgt.

Betrachten wir daher die Gründe für dasselbe hier näher:

A. Als allgemeine Gründe kommen in Betracht:

1. Das bisherige Notherben- und Pflichttheilsrecht war höchst complicirt, seine einzelnen Fälle oft der scharfsinnigsten Unterscheidungsgabe schwierig. Eine Vereinfachung desselben war dringend nothwendig und durch ein allgemein umfassendes und gleichförmiges Recht für die Notherben und Pflichttheilsberechtigten zusammen leicht herbeizuführen.

2. Die Nov. 115 enthält eine Mischung aus Notherben- und Pflichttheilsrecht. Daher ist sie am natürlichsten als eine eigenthümliche Schöpfung aufzufassen und nicht als bloßer Zusatz zu dem früheren Recht.

3. Das analoge Bedürfniß bei der Intestaterbfolge hat Justinian ebenfalls durch eine totale Reform in Nov. 118 herbeigeführt.

4. Die Tendenz aller früheren Gesetze Justinian's über erbrechtliche Gegenstände im Codex (namentlich const. ult. Cod. 3. 28) ist möglichste Vereinfachung, während er hier nach der andren Meinung grade das Gegentheil von seinen bisherigen legislatorischen Bestrebungen bewirkt hätte.

5. Justinian legt bei Enterbungen das Hauptgewicht auf die Motivirung. Ohne diese soll jede Nichtberücksichtigung, in welcher Form sie auch geschehe, für die Notherben unschädlich sein. Das

Digitized by Google

Enterbungsrecht hat dadurch einen rein materiellen Character erhalten.

B. Als specielle Gründe kommen in Betracht:

1. Die ganze Fassung der Nov. 115. Es findet sich darin auch nicht eine einzige Andeutung, daß das ältre Recht noch neben der Novelle fortbestehen solle.

2. Die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments knüpft Justinian im Gegentheil immer an die Beobachtung der Vorschriften der Novelle. Insbesondre sind hier von entscheidender Wichtigkeit die Worte des cap. 3 i. f.: sunt igitur omnes" etc., indem diese wohl gar nicht anders interpretirt werden können, als daß das Testament gültig bleiben soll, sobald nur eine causa ingratitudinis angegeben ist: so daß also das Testament unmöglich deshalb für ungültig oder der B. P. contra tabulas ausgesetzt erklärt werden kann, weil die Formen des alten Notherbenrechts nicht gewahrt sind.

3. Ebenso entscheidend ist hierfür auch, daß in der Novelle zwar die Ausdrücke „praeterire" und „exheredare", „praeteritio" und „exheredatio" vorkommen, daß Justinian sie aber nicht in dem bisherigen Sinne streng von einander gesondert hält, sondern daß er in cap. 3 § 9. 13. 14 namentlich den Ausdruck „exheredare" ganz allgemein für die Ausschließung jeglicher Descendenten gebraucht und im cap. 4 pr. auch bei den Ascendenten neben dem praeterire noch das ausdrückliche Ausschließen von der Erbschaft, also das „exheredare" erwähnt.

Wenn wir oben unter den Vertheidigern des Corrections-Systems auch Schmidt genannt haben, so vertheidigt doch dieser das Fortbestehen des alten formalen Rechts der sui et emancipati nur für das 6. Jahrhundert, nicht für das 19te. Am Schlusse seiner trefflichen cit. Monographie vindicirt er vielmehr in voller Maße der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts jene schöpferische Thätigkeit, durch welche in Rom, zur Zeit der Republik wie zur classischen Kaiserzeit, die Römischen Juristen das Römische Recht so bewundernswerth entwickelt. „Es erscheint demnach", so schließt er, „als das einzig Richtige: dem nicht mehr zu Ertragenden offen und mit Bewußtsein entgegen zu treten, und, handelnd nicht nur in unserem eignen Geiste, sondern auch in dem der Römer, jene Formvorschriften des alten Rechts für heute nicht mehr anwendbar zu erklären; nicht aber sich dem Glauben

Digitized by Google

hinzugeben, schon in der Novelle sei zu lesen, was nur unser eignes Rechtsbewußtsein ist."

§ 139.

C. Rechtsmittel aus der Novelle.

Loewenberg, De successione contra tabulas secundum juris Romani novissimi praecepta. Berolini 1831. Brandis in der Gieß. Zeitschr. Bd. VII. Nr. 4. S. 197 ff. Heumann S. 164 ff. Arndts § 599. Puchta § 493. Brinz § 174. Sintenis § 198. Böcking Erbr. III. B. § 80. Mayer § 104. Bluntschli § 25. 26. Mühlenbruch-Glück Bd. 37. S. 245—311. Francke S. 367—391. Göschen § 865. Müller S. 826. Vangerow § 485. Vering S. 421—424. Keller § 521. Schmidt S. 169—182. Köppen S. 160—162. Arndts im Rtsl. Bd. 8 S. 106—116.

I. Wenn der Erblasser gegen eine der im § 137 erörterten Vorschriften der Novelle fehlt, also der Notherbe weder eingesetzt, noch unter Angabe einer Novellenursache präterirt oder exheredirt ist, oder wenn der eingesetzte Erbe die Wahrheit der angeführten Ursache nicht beweisen kann: so soll ein Theil des Testaments, und zwar der wichtigste, zusammenfallen, nämlich: alle im Testament enthaltenen Erbeinsetzungen und Vulgarsubstitutionen, so daß es nun zur Intestaterbfolge kommt und der Notherbe mit sämmtlichen übrigen mit ihm zugleich zur Intestaterbfolge berufenen Personen seine volle Intestaterbportion erhält. Alles übrige im Testament bleibt gültig, also Vermächtnisse, Pupillarsubstitutionen, Vormundschaftsernennungen, Exheredationen und Präteritionen anderer Notherben, bei denen nicht gegen die Novelle gefehlt ist, z. B. bei denen der angeführte Novellengrund erweislich ist.

II. Sehr verschieden sind nun die Ansichten der Civilisten darüber, auf welche Weise, wenn gegen die Vorschriften der Novelle gefehlt ist, die sub Nr. I. angeführten Folgen eintreten und mit welchem Rechtsmittel daher die Erbfolge gegen das Testament geltend zu machen sei? Es werden hierüber besonders folgende Ansichten oder Systeme aufgestellt:

A. Das sogen. Inofficiositätssystem, befolgt zunächst schon von Julian in der Epitome Novellarum, dann von einzelnen Glossatoren, namentlich von Bulgarus, später von der holländischen und französischen Juristenschule, z. B. Duarenus, Cujacius, Donellus, neuerdings wieder aufgenommen von Brinz und Köppen.

Digitized by Google

Nach demselben ist das Testament an sich gültig, der verletzte Notherbe aber, jedoch nur dieser, kann es mit der alten querela inoff. testamenti anfechten und so die Intestaterbfolge herbeiführen. Es gelte also noch diese Querel mit allen ihren Eigenthümlichkeiten (cf. § 133—134), nur daß durch sie nicht mehr das ganze Testament umgestoßen werde, sondern blos die darin enthaltenen Erbeinsetzungen (querela inofficiosi testamenti ex jure novo).

Man stützte diese Behauptung durch die Ansicht: Justinian habe in der Novelle hauptsächlich die Centumviralpraxis supplirt durch Feststellung der eine Ausschließung vom materiellen Pflichttheil rechtfertigenden Ursachen. Dies ist jedoch irrig. Die Hauptvorschrift ist, daß alle Notherben formell zu Erben ernannt werden müssen, wenn nicht ein Enterbungsgrund vorhanden ist. Sodann sagte man: Justinian spräche von Rescission des Testaments und dies deute auf die Querel. Die Novelle sagt allerdings, es solle rescisso testamento die Intestaterbfolge eintreten. Der Ausdruck rescissum bezeichnet indeß oft das ipso jure nichtige. Lex rescindit ist technisch gleichbedeutend mit gesetzlicher Nichtigkeitserklärung.

Die Querel ist mit einzelnen Bestimmungen der Novelle nicht vereinbar. Nach der Novelle soll immer Intestaterbfolge eintreten, durch die Querel dagegen wird sehr häufig das Testament pro parte rescindirt. Die Querel ist lediglich durch Entziehung des Pflichttheils begründet, gegen die Novelle ist auch dann gefehlt, wenn dem Notherben durch Vermächtniß mehr als sein Pflichttheil hinterlassen, er aber nicht zum Erben ernannt ist.

B. Das sogen. gemischte System beruht auf der Unterscheidung, ob gar kein gesetzlicher Enterbungsgrund angegeben ist im Testamente, oder ob die angeführte gesetzliche Ursache factisch unwahr ist. Im erstren Falle soll Nichtigkeit der Erbeinsetzung (nullitas juris novi) eintreten, im letztren Fall soll der Verletzte die querela inoff. testamenti ex jure novo anstellen.

Diese Ansicht ward vom Glossator Joannes aufgestellt, von Accursius in der glossa ordinaria recipirt (gloss. ad Nov. 115 cap. 3), von den meisten italienischen und deutschen Juristen, insbesondre auch von der deutschen Praxis, bis in die neuere Zeit festgehalten und unter den neueren Rechtslehrern noch von Puchta theilweise befolgt.

Digitized by Google

Gegen diese Ansicht sprechen sehr erhebliche Gründe, namentlich daß die Novelle 115 in den Rechtsmitteln gar nicht distinguirt und daß doch ein unwahrer Enterbungsgrund unmöglich mehr gelten kann, als gar keiner (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 109—110).

C. Das sogen. Nullitätssystem, aufgestellt von den Glossatoren Martinus und Bartolus, später fast ganz verdrängt, ist in neuester Zeit von den meisten Civilisten wieder aufgenommen als das einfachste und dem Sinne des Gesetzgebers entsprechendste.

Gemäß demselben ist das Testament nichtig, aber nur theilweise, nämlich nur Erbeinsetzungen fallen über den Haufen, der übrige Inhalt des Testaments gilt (nullitas juris novi). Der Verletzte fordert mithin sofort seinen Intestaterbtheil.

Die Klage desselben hat man in praxi wohl Nullitätsquerel genannt. Sie ist aber nichts Andres, als eine hereditatis petitio ab intestato ex causa nullitatis, bei den Neueren hereditatis petitio qualificata oder remedium ex Nov. 115.

Die Hauptgründe für dies Nullitätssystem sind:

1. Die Novelle schreibt die Beobachtung einer bestimmten Form vor. Nun ist es aber eine allgemeine Regel, daß die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form Nichtigkeit des ganzen Actes mit sich führt[1].

2. Auf diese Nichtigkeit deuten entschieden die Worte des cap. 4 § 9: „nullam vim habere hujusmodi institutionem sancimus“, sowie der Umstand, daß die reine Intestaterbfolge eröffnet werden solle.

3. Der Ausdruck „rescisso testamento“, welcher sich in der Versio vulgata des cap. 4 § 9 vorfindet, wird schon von ältren Römischen Juristen hin und wieder auch zur Bezeichnung einer durch ein Gesetz herbeigeführten Nichtigkeit gebraucht[2]. Allein der Ausdruck im

1) Const. 5 Cod. 1. 14: Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam saeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, . . nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente . .; hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur . .

2) L. 64 § 1 D. 35. 1: . . ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum.

L. 5 § 2 D. 40. 9: Si Titius nihil amplius in bonis, quam Stichum et Pamphilum, habeat, eosque stipulanti Maevio ita promiserit: „Sti-

Digitized by Google

griechischen Original: „ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης“, den Haloander durch „everso testamento“ übersetzt hat, kann noch weit eher auf Nullität bezogen werden, da für das eigentliche rescindere die griechischen Ausdrücke „ἀνασχίζω und ἀναρηγκύω“ technisch sind. Dasselbe gilt von dem im cap. 3 gebrauchten Ausdrucke „τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης“ (evacuato testamento).

Die Nichtigkeit der Nov. 115 muß auch bei der agnatio oder quasi agnatio postumi eintreten. In der Novelle 115 selbst wird zwar nirgends der postumi Erwähnung gethan. Mehre Civilisten haben deshalb angenommen, daß rücksichtlich ihrer das alte Recht fortdauern müsse, was insbesondere zur Folge haben würde, daß auch die Vermächtnisse hinfällig würden. Allein die Novelle redet allgemein von Descendenten des Erblassers und da zu diesen auch die postumi gehören, so muß auch auf sie die Novelle angewendet werden.

Unter den Anhängern dieses Nullitätssystems besteht aber wieder noch eine wesentliche Meinungsverschiedenheit. Es entstehen hier nämlich folgende Fragen:

a. Tritt die theilweise Nichtigkeit des Testaments sofort mit der Errichtung des Testaments von selbst ein, kann also die Nullität nicht nur von den verletzten Notherben selbst, sondern auch von anderen, die bei der fraglichen Erbschaft interessirt sind, geltend gemacht werden?

Viele Rechtslehrer (Brandis, Heumann, Vangerow, Vering, Schmidt) bejahen diese Frage (System der sogen. reinen oder absoluten Nullität). Wenn z. B. der Erblasser seinen Sohn A. rechtsgültig enterbt, seinen Sohn B. präterirt, und außerdem einen minus plene Adoptirten C. hinterläßt, so hat der letztre zwar Intestaterbrecht, aber kein Notherbenrecht gegen den Erblasser. Nur B. kann also wegen Verletzung klagen. Nun entsteht aber die Frage, ob, wenn B. das Rechtsmittel durchsetzt, der Erfolg desselben auch dem C. zu Gute komme, was von den Anhängern der absoluten Nullität bejaht wird. Ja, noch mehr. Ist die Nullität absolut, so hat C. die hereditatis petitio ab intestato selbst dann, wenn B. sein Recht nicht geltend macht.

---

chum aut Pamphilum dare spondes?“, deinde, quum alium creditorem non haberet, Stichum manumiserit, libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur...

Digitized by Google

Schmidt (S. 176—179), der neueste und einer der scharfsinnigsten Verfechter dieses Standpunctes, vertheidigt folgende drei Sätze:

α. Ist zur Zeit der Errichtung ein Notherbe vorhanden, so ist das Testament, das die Novelle verletzt, ab initio nichtig und ein etwaiges früheres Testament wird nicht aufgehoben.

β. Beim Tode des Erblassers sind daher, wenn ein früheres Testament nicht vorhanden ist, einfach die Intestaterben gerufen, gleichgültig: ob der verletzte Notherbe noch lebt, oder nicht, und ob die Intestaterben zugleich Notherben sind oder nicht. Andrenfalls sind die im früheren Testament Ernannten gerufen.

γ. Ist erst nach der Errichtung ein Notherbe erschienen, so ist das Testament ab initio gültig errichtet und vernichtet das frühere Testament. Erst das Erscheinen des Notherben vernichtet das neue Testament. Beim Tode tritt daher stets die bezeichnete unbedingte Intestatdelation ein.

Mit dieser Ansicht scheinen indeß einzelne Aeußerungen der Novelle nicht wohl vereinbar zu sein (cf. Arndts im Rtsl. Bd. 8. S. 110 ff.). Der Novelle dürfte mehr der Gedanke entsprechen, daß die Ungültigkeit des Testaments erst beim Tode des Testators beginne und auch hier nur dann, wenn der Berechtigte sie geltend macht; sowie daß die Berechtigung, die einem Verletzten zu Statten kommt, füglich nicht auf einen Andren ihre Wirkung erstrecke, den das Testament gar nicht verletzt.

b. Ist das Testament an sich gültig, aber so, daß der Notherbe nach des Erblassers Tode jene theilweise Nichtigkeit durch eine einfache außergerichtliche Erklärung herbeiführen kann?

Dies ist das System der sogen. relativen Nullität, oder, wie es richtiger bezeichnet wird, der Rescissibilität durch den bloßen Willen der Notherben. Dasselbe vertreten namentlich Francke, Bluntschli und Arndts. Allein von der Nothwendigkeit solcher Erklärung sagt die Novelle kein Wort, vielmehr

c. stimmt mit den Worten der Novelle und ihren übrigen Bestimmungen am meisten die Ansicht überein, die Mühlenbruch Bd. 37 S. 56 ff. vertheidigt: Das Testament ist an sich ganz gültig, es wird also dadurch auch ein früheres Testament aufgehoben und stirbt der verletzte Notherbe vor dem Erblasser, so bleibt es gültig.

Digitized by Google

Wenn aber dieser Notherbe den Erblasser überlebt, so tritt nun von selbst die Nichtigkeit der Erbeseinsetzung ein, wie sie sub Nr. I. angeführt wurde und es kommt zur Intestaterbfolge. Der verletzte Notherbe verlangt seinen Intestaterbtheil mit der hereditatis petitio ab intestato.

Hiernach fallen, nach neuestem Recht und bei uns, ganz weg die nullitas juris veteris bei den sui, postumi et quasi postumi, die B. P. contra tabulas bei den emancipati und die querela inoff. testamenti bei Descendenten und Ascendenten.

III. Das geltende Recht geht sonach dahin:

Wenn Erblasser diejenigen Descendenten oder Ascendenten, die zur Zeit seines Todes nach § 129 seine nächsten Intestaterben sein würden,

A. ohne Bedingung zu Erben einsetzt, auch auf noch so wenig, so ist das Testament ipso jure gültig und zugleich unanfechtbar. Giebt er ihnen dabei nicht den vollen Pflichttheil, so können sie die Ergänzung desselben mit der actio suppletoria fordern. Nov. 115 cap. 5 cit. (cf. § 135 Nr. C.). Will Erblasser dies verhindern, so muß er eine Novellenursache anführen und diese vom Erblasser bewiesen werden (cf. § 136 Nr. III.). Giebt er ihnen aber den Rest des Pflichttheils in Form eines Vermächtnisses, so ist dies genügend, weil man den Pflichttheil in beliebiger Form geben kann. Belastet er den Pflichttheil, so gilt das im § 132 sub Nr. 2 Ausgeführte. Will der Erblasser es verhindern, so muß er eine Novellenursache haben und als Grund der Belastung anführen.

B. Setzt er sie nicht unbedingt zu Erben ein, so muß er, mag er sie nun präteriren oder exheredirem, eine Novellenursache ausdrücklich anführen. Führt er eine solche nicht an, oder kann sie der eingesetzte Erbe nicht beweisen, oder ist der angeführte Grund keine Novellenursache, so tritt, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers der verletzte Notherbe noch lebt, die nullitas juris novi und somit die Intestaterbfolge ein.

C. Ist gegen einen den Erblasser überlebenden Notherben auf die eben bemerkte Weise gefehlt (cf. sub Nr. B.), aber im Testamente ein andrer Notherbe gehörig ausgeschlossen, also unter Anführung einer begründeten Novellenursache: so kommt diesem die Nichtigkeit der Erbeseinsetzungen nicht zu Statten. Zwar leugnen dies Viele, auch Arndts

Digitized by Google

§ 600. Allein Nov. 115 cap. 3 sq. sagt ja ausdrücklich, daß nur die Erbeseinsetzungen zusammenfallen, die übrigen capitula testamenti aber gültig bleiben, also auch die gehörige Präterition und Exheredation eines andren Notherben. Dieser nimmt also dann an der Intestaterbfolge nicht Theil.

D. Wer neben dem verletzten Notherben Intestaterbrecht, nicht aber zugleich Notherbenrecht hat, z. B. neben leiblichen Kindern der minus plene adoptatus, nimmt an dieser Intestaterbfolge ex Novella Theil.

E. Bei einem Fehler gegen die Notherben können auch die Erbeseinsetzungen aufrecht erhalten werden, nämlich als Universalfideicommisse, wenn die Codicillarclausel beigefügt ist (cf. § 117 Nr. III.). Die Intestaterben, die nach dem Ausgeführten zur Erbschaft gelangen, müssen sie auszahlen[3] unter Abzug ihres Pflichttheils und der Quarta Trebellianica (cf. Arndts im Rtsl. l. c. S. 154).

§ 140.

D. Enterbungsursachen.

Buchholtz, Ueber die gesetzlichen Enterbungsursachen der Kinder und der Eltern in s. Abhdlg. Nr. 6. S. 128 ff. Schneider, Ueber zwei Gründe, aus denen angeblich nur filiifamilias ihre Ascendenten enterben können, in der Gieß. Zeitschr. Bd. XII. Nr. 10. Marezoll Nov. 115 cap. 3 § 7 in Grolman's Magaz. f. Rtsw. u. Gesgebg. Bd. IV. Nr. 19. Marezoll, Verliert durch nachfolgende Verzeihung und Versöhnung eine factisch vorhandene Enterbungsursache ihre Wirksamkeit? in der Gieß. Zeitschr. Bd. VI. Nr. 2. Arndts § 601. Puchta § 492. Brinz § 174. Sintenis § 197. Holzschuher S. 759—763. Böcking Erdr. III. B. § 79. Mayer § 103. Bluntschli § 23. 24. Mühlenbruch-Glück Bd. 7. S. 209—300. Bd. 37. S. 140 ff. Francke S. 404—416. Göschen § 862. 864. Bangerow § 484. Vering S. 418—420. Keller § 521. Schmidt S. 162—166. Arndts im Rtsl. Art. Enterbung Bd. 3. S. 895—902.

Im Recht vor Nov. 115 bedurfte es einer Rechtfertigung nur für Entziehung oder Schmälerung des Pflichttheils; die blos formelle Exheredation stand ganz in der Willkühr des Erblassers. Aber auch für jene bestand weder die Vorschrift, daß der Enterbungsgrund im Testament selber angegeben werden müsse, noch war die Frage nach der Zulässigkeit der einzelnen Enterbungsgründe vollständig von den Gesetzen

3) Arg. l. 24 § 11 D. 40. 5: Ex testamento, quod agnatione postumae ruptum esse constitit, neque directas libertates competere, neque fideicommissarias deberi, si quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit, satis constat.

Digitized by Google

beantwortet, vielmehr unterlag die Frage über Würdigkeit oder Unwürdigkeit lediglich dem arbitrio judicis (cf. § 133 Nr. I. 1).

Erst Justinian hat durch Nov. 115 die Enterbungsgründe gesetzlich begränzt und festgestellt, zunächst als Rechtfertigungsgründe der Nichteinsetzung, die nun aber seiner Absicht gemäß auch für Schmälerung des Pflichttheils allein genügend sind. Die Novelle bediente sich als allgemeiner Bezeichnung für die Gründe der Enterbung überhaupt des Ausdrucks „ἀχαριστία", der griechischen Uebersetzung von ingratitudo (zunächst im Sinne von Undank gegen die Eltern); indeß nicht blos für die Gründe, aus denen die Kinder, sondern auch für die anderen, aus denen die Eltern enterbt werden können.

Im Allgemeinen lassen sich die Gründe, aus denen die Enterbung von Descendenten gestattet wird, unter drei Gesichtspuncte bringen:

I. Directe Verletzung der Person der Eltern[1].

II. Indirecte Verletzung durch liebloses Benehmen[2].

III. Indirecte Verletzung durch die Unwürdigkeit der eignen Persönlichkeit, also dadurch, daß man den Eltern Schande macht[3].

---

1) Nov. 115 cap. 3 § 1: Si quis parentibus suis manus intulerit.

§ 2. Si gravem et inhonestam injuriam eis ingesserit.

§ 3. Si eos in criminalibus causis accusaverit, quae non sunt adversus principem sive rempublicam . .

§ 5. vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiari tentaverit.

§ 6. Si novercae suae aut concubinae patris filius sese immiscuerit.

§ 7. Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem gravia eos dispendia fecerit sustinere.

§ 9. Si convictus fuerit aliquis liberorum ex eo, quia prohibuerit parentes suos condere testamentum.

2) Nov. 115 cap. 3 § 8: Si quemlibet de . . parentibus inclusum esse contigerit, et liberi . . vel unus ex his in sua eum noluerit fidejussione suscipere . ., in quantum esse qui petitur probatur idoneus. Hoc tamen . . ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere.

§ 12. Si quis de . . parentibus furiosus fuerit et ejus liberi vel quidam ex his . . obsequium ei et curam competentem non praebuerint, si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate . . .

§ 13. Si unum de . . parentibus in captivitate detineri contigerit et ejus liberi sive omnes, sive unus non festinaverint eum redimere.

3) Nov. 115 cap. 3 § 4: Si cum maleficis hominibus ut maleficus conversatur.

§ 10. Si praeter voluntatem parentum inter arenarios vel mimos sese

Digitized by Google

Aehnlich beruhen die den Eltern gegenüber anerkannten Enterbungsgründe:

I. Auf directer Verletzung der Pflicht gegen das Kind[4].

II. Auf indirecter Verletzung des Kindes durch directe Verletzung des anderen Elterntheils[5].

III. Auf Unwürdigkeit der eignen Persönlichkeit[6].

Dabei sah der Kaiser sich veranlaßt zur Vermeidung von Unsicherheit und Unklarheit ausdrücklich zu verordnen, daß die Enterbungsgründe lediglich und allein aus der Novelle selber sollen entnommen werden dürfen[7]. Der Sinn dieser Vorschrift ist klar: die Bezugnahme

---

filius sociaverit et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes ejusdem professionis fuerint (cf. const. 11 Cod. 3. 28).

§ 11. Si alicui ex . . parentibus, volenti . . filiae vel nepti maritum dare et dotem . . pro ea praestare, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero usque ad XXV annorum aetatem pervenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, conjungere, hoc ad ingratitudinem filiae nolumus computari.

§ 14. Si quis de . . parentibus orthodoxus constitutus senserit suum filium vel liberos non esse catholicae fidei nec in sacrosancta ecclesia communicare, in qua beatissimi patriarchae una conspiratione et concordia fidem rectissimam praedicant . . licentiam habeant pro hac maxime causa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento.

4) Nov. 115 cap. 4 § 1: Si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint, citra causam tamen, quae ad majestatem pertinere cognoscitur.

§ 2. Si venenis aut maleficiis aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur.

§ 3. Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese immiscuerit.

§ 4. Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam . . .

§ 6. Si liberis vel uno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint . . .

§ 7. His casibus etiam cladem captivitatis adjungimus . . .

5) Nov. 115 cap. 4 § 8: Si contigerit, aut virum uxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum aut uxorem marito vel alio modo alterum vitae alterius insidiari, . . liberis esse licentiam, nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere . . .

6) Nov. 115 cap. 4 § 8: Si quis de . . liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei . .

7) Nov. 115 cap. 3 pr.: . . quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant judicari, in diversis legibus dispersas et non aperte declaratas invenimus — quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt —: ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim praesenti

Digitized by Google

auf ältre Gesetze wird verboten, für die Auslegung der Novelle selbst aber wird — anders als man namentlich früher anzunehmen geneigt war, cf. Glück Bd. 7. S. 148 ff. Mühlenbruch-Glück Bd. 37. S. 175 ff. — überhaupt gar keine besondre Regel gegeben. Daher unterliegt die Novelle ganz denselben Interpretationsregeln, wie jedes andre Gesetz, wobei jedoch besonders hervorzuheben, daß die Tendenz des Kaisers wesentlich auf Beseitigung der bestehenden Unsicherheit gerichtet ist. Es kann daher der Interpretation nicht gestattet sein, sei es durch Folgerungen aus dem allgemeinen Begriff der ἀχαριστία, sei es durch übermäßiges Erweitern des einzelnen im Gesetz anerkannten Grundes, jenen Zweck des Gesetzes zu vereiteln. Demgemäß ist insbesondre bei der Anwendung der Analogie große Vorsicht geboten (cf. Schmidt S. 162—164. Vangerow S. 338—339. Arndts im Rtsl. Bd. 3. S. 895—900).

Im Uebrigen sind hier noch besonders folgende Puncte zu beachten:

A. Ein Enterbungsgrund kann nicht nur unmittelbar denjenigen Ascendenten oder Descendenten zur Exheredation berechtigen, in dessen eigner Person der Enterbungsgrund eingetreten ist, sondern mittelbar auch andre. Denn wer in einer „Gemeinschaft mit Giftmischern" einen Enterbungsgrund sieht — also in einem Falle der allgemeinen Unwürdigkeit, nicht aber der Verletzung der Person des Erblassers — der kann sich füglich nicht bedenken, dem Vater das Recht zuzugestehen, daß er den Sohn deshalb enterbe, weil derselbe der Mutter nach dem Leben getrachtet hat. Ein solches Benehmen ist im Sinne des Gesetzes offenbar ἀχαριστία auch gegen den anderen Theil (cf. Schmidt S. 164 gegen Vangerow S. 339).

B. Unter Angabe eines wahren Enterbungsgrundes kann Ausschließung wie Einsetzung auch blos bedingt geschehen. Z. B. X. testirt: „weil mein Sohn A. sich geweigert hat, als ich im Wechselarrest saß, durch seine Bürgschaft mich aus demselben zu befreien, so enterbe ich ihn für den Fall, daß er bis zu meinem Tode nicht Soldat geworden sein wird", oder: . . so soll er mein Erbe sein, wenn er bis zu meinem Tode geheirathet haben wird". Angemessener aber ist es, in solchem Falle

lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur.

Digitized by Google

den Rotherben unter Bedingung einzusetzen und unter der entgegengesetzten ausdrücklich auszuschließen. Exemplo cit.: „weil . ., so soll er mein Erbe sein, wenn er geheirathet haben wird, wo nicht, so soll er enterbt sein", oder: „ . . ., so soll er enterbt sein, wenn er nicht Soldat geworden sein wird. Wird er Soldat geworden sein, so soll er mein Erbe sein". — Auch kann die Enterbungsursache selbst bedingungsweise ausgesprochen werden, nicht nur für die Vergangenheit, sondern auch für die Zeit zwischen Testamentserrichtung und Tod des Testators: so daß die Enterbung gültig ist, wenn bis dahin der Rotherbe sich des bezeichneten Vergehens schuldig gemacht hat (cf. Arndts im Rtsl. Bd. 8. S. 145—147).

C. Welche Wirkung hat die dem Betreffenden vom Erblasser gewährte Verzeihung? Zunächst ist zu prüfen, welchen Sinn hat die Verzeihung? Ihr kann die Meinung inne wohnen, man verzichte auf den Gebrauch dieses Enterbungsgrundes im Testament. Ihr Sinn kann aber auch lediglich der sein, daß man im persönlichen Verkehr des Lebens zu vertraulicheren Formen zurückkehren wolle, ohne deshalb seinem Rechte etwas zu vergeben. Da nun Verzichte nicht zu vermuthen sind, so muß im Zweifel die letzte Auslegung gelten und namentlich ganz bestimmt auch dann, wenn ein im Augenblick der Verzeihung schon vorhandenes, die Enterbung aussprechendes, Testament nicht geändert würde. Grade durch die Nichtzurücknahme des Testaments beweist der Testator, daß er der Verzeihung nur einen beschränkten Sinn beimißt. Aber auch dann, wenn derselben jener weitre Sinn zu Grunde lag, auf das Enterbungsrecht verzichten zu wollen, so darf er sich nichts desto weniger des verziehenen Umstandes zur Begründung der Enterbung bedienen. Denn die Aufhebung des dem Betreffenden zustehenden Enterbungsrechts wäre eine vertragsmäßige Beschränkung der libertas testamenti faciendi, welche doch durch die objective Existenz des Enterbungsgrundes dem Erblasser gesetzlich gewährleistet ist. Grade solche Verträge aber sind als contra bonos mores verstoßend wirkungslos (cf. § 5 Nr. B. § 49 ad Nr. III. Schmidt S. 165—166).

D. Die übrigen Erfordernisse einer gültigen Exheredation (cf. § 126 Nr. B. Arndts im Rtsl. Bd. 3. S. 892—894. Nr. 3—6) können bei der Enterbung der Kinder und Eltern nach der Novelle 115 nicht mehr in Betracht kommen. Sie beziehen sich nur auf die blos

Digitized by Google

formelle willkührliche Exheredation und beruhen auf Subtilitäten, die zu den Bestimmungen der Novelle nicht mehr passen. Nur darauf kann es noch ankommen, ob der Erblasser den Willen an den Tag gelegt habe oder nicht, der Notherbe solle wegen eines bestimmten Enterbungsgrundes ausgeschlossen sein (cf. Arndts im Rtsl. Bd. 8. S. 148).

§ 141.

E. Stellung der Geschwister, des Soldaten und des Hauskindes zum Notherbenrecht.

Marezoll in der Gieß. Zeitschr. Bd. I. S. 185 ff. Seuffert's Archiv Bd. VII. Nr. 340. 341. Arndts § 592 i. f. § 604. Puchta § 494. Brinz § 174. Sintenis § 197. Nr. II. Böcking Grdr. III. B. § 77. 79. Francke S. 193—201. S. 445—453. Mühlenbruch-Glück Bd. 7. S. 404 ff. 454. 488 ff. Bd. 35. S. 216—241. Bd. 37. S. 374 ff. Göschen §. 878. 892. Müller S. 823. Vangerow § 474. 486 i. f. Vering S. 428—429. Keller § 421. Köppen S. 155. Arndts im Rtsl. Bd. 8. S. 156—160.

I. Von den Geschwistern und ihrem Pflichttheil ist in der Novelle keine Rede. Sie bleiben daher in derselben Lage, in der sie sich vor der Novelle befanden. Die Erbeinsetzung derselben ist also nie nothwendig. Sie haben Pflichttheilsrecht, wenn und soweit ihnen der Erblasser eine Person von schlechtem Rufe vorzog (cf. § 129 Nr. III.). Dann haben sie gegen diese Person, bez. gegen die eingesetzten Erben, entweder die querela inofficiosi testamenti nach den alten Grundsätzen (cf. § 133 Nr. B. 4), oder, wenn wenigstens etwas zugewendet ist, die actio suppletoria; cit. const. 30 pr., const. 35 § 2 Cod. 3. 28 (cf. § 135 Anm. 2). Dagegen findet hier eine sogen. querela nullitatis juris antiqui oder eine B. P. contra tabulas eben so wenig Statt, wie die sogen. querela nullitatis ex jure novo (cf. § 139 Nr. B. 3).

A. In Betreff der Wirkung der von den Geschwistern durchgesetzten Querel haben viele Civilisten, namentlich Puchta § 494, behauptet, daß nach Novelle 115 nicht mehr Ungültigkeit des ganzen Inhaltes des Testaments, sondern nur der Erbeinsetzung bewirkt werde, indem, was allerdings zugegeben werden muß, es inconsequent erscheine, wenn die Uebergehung von Kindern und Eltern selbst dann, wenn verächtliche Personen eingesetzt sind, dennoch nur Ungültigkeit der Erbeinsetzungen bewirke, die Uebergehung von Geschwistern aber im

Digitized by Google

gleichen Falle auch Ungültigkeit der Vermächtnisse und des übrigen Testamentsinhalts.

Allein da die Novelle keine Rücksicht auf die Geschwister nimmt, für diese also nur das ältre Rechtsmittel gegeben ist, welches seiner Natur gemäß jene strengere Wirkung äußert, so kann man nur dem Gesetzgeber einen Vorwurf daraus machen, daß er diese Inconsequenz hat bestehen lassen. Als Interpret aber kann man diese so wenig, wie verschiedene andre Inconsequenzen beseitigen, daher denn auch von den Meisten das Gegentheil angenommen wird (cf. Arndts im Rtsl. Bd. 8. S. 160).

B. Die Enterbungsursachen für Geschwister sind nirgends gesetzlich bestimmt. Auch ist deren ausdrückliche Angabe im Testament nicht erfordert. Bei Beurtheilung des einzelnen Falles ist dem Ermessen des Richters überlassen, ob sie sich so schlecht gegen den Erblasser betragen, daß er ihnen eine persona turpis vorziehen durfte. Dabei können denn allerdings die Enterbungsgründe der Nov. 115 analog als Gründe der Ausschließung der Geschwister vom Pflichttheil dem richterlichen Ermessen als Anhaltepunct dienen. Als gerechtfertigt ist die Ausschließung der Geschwister jedenfalls dann zu betrachten, wenn sie in pari turpitudine versiren, wie die eingesetzten Erben[1]. Auch in Betreff der Unehrenhaftigkeit der eingesetzten Erben ist dem richterlichen Ermessen keine feste Schranke gesetzt. Uebrigens hat bei Prüfung jener Gründe das richterliche Ermessen sich einer gewissen leitenden Scala als Anhalt zu bedienen, d. h.: Je geringer der Grad der turpitudo des eingesetzten Erben, desto leichter muß dem Erblasser die Ausschließung der Geschwister sein; eine desto geringere Lieblosigkeit gegen ihn von Seiten der Geschwister genügt also für ihn, um deren Ausschließung zu rechtfertigen. Die Beweislast der Würdigkeit liegt hier dem klagenden Theile ob, den Geschwistern; cit. l. 5 D. 5. 2 (cf. § 133 Anm. 14).

II. Der Soldat hat keine Notherben. Seine nächsten Angehörigen kann er ungestraft ohne Gründe präteriren, formell wie materiell[2]. Auch wenn sein Sohn selbst Soldat ist, hat derselbe kein Notherbenrecht[3]. Wenn er aus Irrthum einen seiner nächsten Ange-

1) Arg. const. 11 Cod. 3. 28.
2) Cit. l. 8 § 4 D. 5. 2 (cf. § 29 Anm. 14).
3) L. 27 § 2 D. 5. 2: De inoff. testamento militis dicere nec miles potest.

Digitized by Google

hörigen präterirt, so gelten die gewöhnlichen Grundsätze über Irrthum. Dies ist namentlich für postumi angenommen, welche das Testament rumpiren[4]. Auch dies Privilegium beschränkte Justinian auf die Zeit des Feldzugs[5] (cf. § 29 Nr. II. 5).

III. Das Testament eines filius familias über sein castrense peculium konnte notherbenrechtlich nicht angefochten werden. Einen suus, postumus oder emancipatus konnte er nicht haben. Ueberhaupt gab es hier keine Intestaterbfolge. Dies wandte Justinian anfangs auch auf das quasi castrense peculium an[6]. Daraus aber, daß die Intestaterbfolge bei Hauskindern zugelassen ist (cf. § 10), folgt auch ihnen gegenüber die Anwendbarkeit des allgemeinen Notherben- und Pflichttheilsrechts, also für Descendenten, Ascendenten und Geschwister. Für Ascendenten spricht dies ausdrücklich Nov. 115 aus[7]. Geistlichen gegenüber wird die Anwendbarkeit des Notherbenrechts ausgesprochen in Nov. 123 cap. 19.

§ 142.

F. Exheredatio bona mente facta. Enterbung in wohlmeinender Absicht.

Zimmern, Ueber exheredatio bona mente facta, im civil. Arch. Bd. 8. Nr. 7. S. 153 ff. Böhmer Rechtsfälle Bd. I. Abth. 1. Nr. 31. Unterholzner im civil. Arch. Bd. II. Nr. 2. S. 52 ff. Arndts § 603. Puchta § 490. Brinz § 201. Sintenis § 197. Anm. 24. Holzschuher S. 763—764. Böcking Erbr. III. B. § 77. Mayer § 106—108. Mühlenbruch-Glück Bd. 7. S. 255 ff. Bd. 37. S. 391 ff. Bluntschli S. 233—252. Francke S. 422—444. Göschen § 866. Müller S. 817. Wangerow § 487. Vering S. 402. Keller § 515. Schmidt S. 166—168. Arndts im Rtl. Bd. 3. S. 901—902.

I. In mehren Stellen der Justinianischen Rechtsbücher wird des Falles gedacht, daß ein Testator non notae causa, non mala mente ein Kind enterbt, sondern aus wohlwollenden Beweggründen,

---

4) L. 33 § 2 D. 29. 1: . . si filiusfamilias miles testamentum fecerit et omiserit postumum per errorem, non quod volebat exheredatum, deinde postumus post mortem avi, vivo adhuc filio, id est patre suo, natus fuerit: . . rumpet illius testamentum.

Cit. const. 9. 10 Cod. 6. 21 (cf. § 29 Anm. 14).

5) Cit. § 6 I. 2. 13 (cf. § 29 Anm. 4).

6) Const. 37 § 1 Cod. 3. 28.

7) Nov. 115 cap. 4 verb.: non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam . . .

Digitized by Google

um das Beste desselben zu fördern und zu sichern; non ut ei obsit, sed ut ei consulat[1]. Dies war nach ältrem Recht unbedenklich, wenn die Form der Enterbung beobachtet und das Testament materiell nicht lieblos war. Die formelle Enterbung stand ja in der Willkühr des Testators.

Aber auch in einem andren Falle wird ein an sich anfechtbares Testament wegen exheredatio bona mente facta ausnahmsweise aufrecht erhalten und die an sich gegen dasselbe zuständige B. P. nicht ertheilt: weil nämlich die Anordnung des Testators materiell auf den eigenen-Vortheil des Kindes berechnet war[2].

In einem andren Falle wird die querela inoff. testamenti für unanwendbar erklärt, wenn der Einsetzung eines Kindes eine Bedingung hinzugefügt ist, durch welche der Vortheil desselben bezweckt wird, wenngleich sie ihrer allgemeinen Natur nach eine solche ist, wegen deren dem Testamente wohl der Vorwurf der Lieblosigkeit gemacht werden könnte[3].

In diesen verschiedenen Stellen ist der Gedanke anerkannt, daß, wenn der Testator in der erweislichen Absicht die Ausschließung verfügt, um dadurch für das Beste des Ausgeschlossenen selbst zu sorgen,

---

1) L. 18 D. 28. 2: Multi non notae causa exheredant filios, nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, utputa impuberibus, eisque fideicommissam hereditatem dant.

L. 12 § 2 D. 38. 2: Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa, exheredatio ipsi non nocet. Utputa pone furoris causa exheredatum eum, vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum rogatum ei restituere hereditatem.

L. 16 § 2 D. 27. 10: Potuit tamen pater et alias providere nepotibus suis (ex filio prodigo), si eos jussisset heredes esse et exheredasset filium, eique, quod sufficeret, alimentorum nomine ab eis certum legasset, addita causa necessitateque judicii sui.

2) L. 16 D. 37. 4: Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset, reliquisset, si suspectus avus sit, quasi consumturus bona nepotis: non esse ei dandam B. Pionem (sc. contra tabulas).

3) Const. 25 Cod. 3. 28: Filiis matrem, quae de mariti moribus secus suspicatur, ita posse consulere, jure compertum est, ut eos sub hac conditione instituat heredes, si a patre emancipati fuerint, atque eo pacto secundum tabulas B. Pionem patrem cum re accipere non videri, qui conditioni minime obtemperaverit, neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam injuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum.

Digitized by Google

das Testament gegen die sonstige Regel aufrecht zu erhalten sei; namentlich dann, wenn er verhüten wollte, daß der Ausgeschlossene oder dessen Familie in Dürftigkeit gerathe durch Verschleuderung des Vermögens, die von dem Notherben oder dessen Gewalthaber zu befürchten ist (cf. Arndts im Rtsl. Bd. 3. S. 901).

II. Die Novelle 115 berücksichtigt diesen Fall nicht. Sie will nur die ordentliche Enterbung, d. i. welche nicht zum Besten des Ausgeschlossenen erfolgt, bez. Präterition, an strengere Bedingungen binden. Daher darf man die Enterbung in guter Absicht ohne vorhandene Novellenursache auch im heutigen gemeinen Recht für zulässig halten. Dies ist auch von jeher die herrschende Meinung gewesen (cf. besonders Mühlenbruch-Glück Bd. 7. S. 258. 260. Bd. 37. S. 391—465 gegen Francke S. 422—444. Schmidt [gegen Unterholzner] l. c. S. 166—169).

Nur ist dabei zu fordern, daß der Testator eine vernünftige Ursache für die wohlgemeinte Ausschließung entweder ausdrücklich anführe, cit. l. 16 § 2 D. 27. 10; oder eine solche wenigstens unzweifelhaft zu Tage liege. Die Wahrheit der Ursache hat der Erbe zu beweisen. Ueber deren Vernünftigkeit entscheidet das Gericht (cf. Mühlenbruch-Glück Bd. 7. S. 263. Vering S. 402).

Zufolge der in leg. cit. gebrauchten Partikeln ut puta und ut puta pone folgt man der ratio legis und erblickt eine vernünftige Ursache in allen Fällen, wo Gefahr vorhanden ist, daß der Notherbe, würde ihm die Erbschaft überlassen, durch sich selbst oder durch Andre um dieselbe gebracht werden würde.

§ 143.

IV. Außerordentlicher Pflichttheil.

Dig. si a parente quis manumissus sit (37. 12). Nov. 53 cap. 6 Nov. 115 cap. 4 Nov. 117 cap. 5 Nov. 118.

Löhr im civil. Arch. Bd. XXII. Nr. 1. Martin Rechtsgutachten Bd. I. S. 356 ff. Arndts § 606—607. Puchta § 487. 562. Sintenis § 139 Anm. 45. § 165. Böcking Erbr. III. B. § 18. 25. 72. Zimmern Erbr. d. Erbr. S. 59 ff. Roßhirt Erbr. S. 186 ff. Francke S. 470—498. Göschen § 723. 931. Müller S. 821. Wangerow § 252. 487—488. Vering S. 393—395. Keller § 522—524. Köppen S. 133—141. Arndts im Rtsl. Bd. 5. S. 697—699. Bd. 8. S. 160—162.

A. Des Parens manumissor. Im Recht der Digesten findet sich noch ein besondrer Fall des Notherbenrechts: eine B. P.

Digitized by Google

contra tabulas zu Gunsten des Parens manumissor, analog dem Rechte des Patronus in Ansehung der Erbschaft des Freigelassenen[1]. In Nov. 115 wird diese B. P. contra tabulas nicht erwähnt. Wenn sie aber auch nicht stillschweigend durch dies Gesetz aufgehoben ist, so ist sie doch jedenfalls durch die Praxis beseitigt (cf. Arndts § 607 Anm. 3).

B. Der dürftigen Witwe. Justinian hat der überlebenden unterstützungsbedürftigen Witwe eines wohlhabenden Erblassers neben dessen erbberechtigten Verwandten ein Intestaterbrecht auf ein Viertel des Nachlasses oder Kindestheil entweder zu Eigenthum oder zu Nießbrauch gegeben (cf. § 17. Nr. 2). Dieser Erbtheil soll ihr nicht durch letztwillige Verfügung entzogen oder geschmälert werden können, folglich ist er zugleich Pflichttheil (cf. § 17 Nr. 2 i. f.).

1) Ist die Frau zur Erbin ernannt und nicht ihr voller Intestaterbtheil hinterlassen, so hat sie gegen die Miterben eine Ergänzungsklage[2], wobei die Bestimmungen der actio suppletoria der Kinder und Eltern analog anzuwenden sind.

2) Ist die Frau nicht instituirt, aber durch Vermächtnisse ꝛc. der Pflichttheil ihr zugewandt, so muß sie sich begnügen[3]. Ist sie aber nicht instituirt und ihr nichts hinterlassen, so kann sie nicht mit der querela inoff. testamenti das ganze Testament anfechten, sondern sie hat nur ein Forderungsrecht ex lege. Ihre Klage ist eine persönliche gegen die eingesetzten Erben und geht auf Entrichtung des ihrem gesetzlichen Erbtheil entsprechenden Betrags, als eines ihr gesetzlich gewährten Vermächtnisses (cf. Francke S. 481—483).

Führt ein anderer Notherbe die Intestaterbfolge herbei, so tritt alsdann die Witwe auch als gesetzliche Erbin ein, sofern sie nicht durch andere noch rechtsbeständige Disposition befriedigt ist.

Die deutschen Particularrechte geben aber meistens dem überlebenden Ehegatten überhaupt ein Notherbenrecht unter verschiedenen Modificationen (cf. auch § 17 i. f.).

---

1) Dig. si a parente quis manumissus sit 37. 12.

2) Nov. 53 cap. 6 pr. verb.: Si tamen legatum aliquod ei reliquerit vir, minus autem quarta parte, compleri hoc . .

3) Nov. 53 cap. 6 § 2 verb.: Quod etiam hic volumus obtinere, nisi tamen vir aut legatum ei aut aliquam partem institutionis reliquerit.

Digitized by Google

C. Des unmündig Arrogirten.

Im ältren Römischen Recht war wegen der alten Form der Arrogation die arrogatio impuberis ganz unzulässig. Als diese Form sich aber änderte, konnte man auch impuberes mit Zustimmung der Vormünder arrogiren[4]. Doch setzte dabei Antoninus Pius zur Wahrung ihres Interesses Folgendes fest:

1. Wenn ein solcher Arrogirter in der Unmündigkeit stirbt, so muß der pater arrogator das ganze Vermögen, das das Kind zur Zeit der Arrogation hatte und später erwarb, an diejenigen herausgeben, die abgesehen von der Arrogation die nächsten Erben des Kindes sind, so daß also in diesem Falle der Arrogator und seine Agnaten kein Erbrecht an das Kind haben[5].

2. Einen adoptatus kann der Adoptivvater nach Willkühr emancipiren. Wenn daher der Arrogator durch Emancipation das Adoptivverhältniß wieder auflöst, so muß er

a. das Vermögen des impubes demselben sofort herausgeben, und,

b. wenn er ihn aus ungerechten Gründen emancipirte, noch dazu von seinem eigenen Vermögen demselben den vierten Theil hinterlassen, die Quarta divi Pii, weil das Kind die Aussicht verliert, ihn zu beerben[6].

---

4) Gaj. I. § 102: . . impuberem apud populum adoptari, aliquando prohibitum est, aliquando permissum est. Nunc ex epistola optimi imperatoris Antonini, quam scripsit pontificibus, si justa causa adoptionis esse videbitur, cum quibusdam conditionibus permissum est.

Ulp. fr. VIII. § 5. Const. 5 Cod. 5. 59.

5) § 3 I. 1. 11: . . cum quibusdam conditionibus arrogatio fit, id est, ut caveat arrogator personae publicae, hoc est tabellario: „si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui, si adoptio non facta esset, ad successionem ejus venturi essent . . .

6) § 3 I. 1. 11: . . non aliter eum emancipare potest arrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa eum emancipaverit: jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet praeter bona, quae ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei postea acquisivit.

L. 22 pr. D. 1. 7: Si arrogator decesserit impubere relicto filio adoptivo et mox impubes decedat, an heredes arrogatoris teneantur? Et dicendum est, heredes quoque restituturos et bona arrogati et praeterea quartam partem.

Digitized by Google

Wegen dieses Viertels hat jedoch der impubes arrogatus nicht die querela inoff. testamenti, sondern er fordert es wie eine Nachlaßschuld von den Erben mit einer persönlichen Klage[7]. Dennoch wird er gleich einem Miterben behandelt, und hat utiliter die Erbschaftsklagen[8]. Jedenfalls muß er den Tod des Adoptivvaters erlebt haben, cit. l. 1 § 21 D. 37. 6, in welchem Falle seine Klage auch auf seine Erben übergeht.

War der vom Freigelassenen dem Patron geschuldete Pflichttheil arglistig inter vivos ihm gemindert — bei mortis causa alienationes kam es auf die böse Absicht nicht an[9] —, so standen demselben die prätorische actio Faviana et Calvisiana zu. Utiliter sind diese Klagen auf den impubes arrogatus ausgedehnt als actio quasi Faviana et quasi Calvisiana[10], wenn ihm die Quarta divi Pii vom Adoptivvater inter vivos geschmälert ist. Sie finden nicht blos gegen Schenkungen Statt, sondern bei jeder Veräußerung, die

---

Const. 2 Cod. 8. 48: Impuberem, quem ad vicem naturalis sobolis arrogare desideras . ., filium habebis, ita ut bonorum tuorum quarta pars tam in postremo judicio tuo, quam si a te emancipatus fuerit, ei praebeatur . . .

7) L. 8 § 15 D. 5. 2: Si quis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et extra adoptionem et emancipationem queri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, quum habeat quartam ex Constitutione Divi Pii. Quod si egit, nec obtinuit, an quartam perdat? Et puto, aut non admittendum ad inofficiosum, aut, si admittatur, etsi non obtinuerit, quartam ei quasi aes alienum concedendam.

L. 1 § 21 D. 37. 6: Si, impubere arrogato secundum divi Pii rescriptum, quarta debetur, videndum est: an, si patris naturalis B. Pionem petat, conferre quartam debeat? Quaestio in eo est: an heredi suo relinquat quartae actionem, an non? Et magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis actio est.

8) L. 2 § 1 D. 10. 2: Si quarta ad aliquem . . arrogatum deferatur, quia hic neque heres neque B. Por fit, utile erit familiae erciso. judicium necessarium.

9) L. 1 § 1 D. 38. 5: Si . . proponas, mortis causa factam alienationem, non requirimus: utrum dolo malo facta sit, an non sit? Sufficit enim, docere, mortis causa factam.

10) L. 13 D. 38. 5: Constitutione divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptavit, fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est. Sed et bona ei, quae acquisiit patri, restitui jussit. Si causa cognita emancipatus fuerit, quartam perdit. Si quid itaque in fraudem ejus alienatum fuerit: quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est.

Digitized by Google

zum Nachtheil des Pflichttheils vorgenommen wird[11]. Die Faviana trat ein, wenn der Erblasser ein Testament hinterließ, die Calvisiana bei der Intestaterbfolge[12]. Sie gehen auf Rescission der Veräußerung, soweit dies zur Ergänzung des Pflichttheils nöthig ist. Der Beklagte haftet nur, soweit er bereichert ist, aber 30 Jahre lang[13].

Manche Civilisten wollten diese Klagen auf alle Notherben ausdehnen, wenn der Pflichttheil inter vivos durch onerose Geschäfte geschmälert ward (cf. 132). Die Klagen haben jedoch eine ganz andre Basis, als das gewöhnliche Pflichttheilsrecht. Die patroni standen in ältrer Zeit gewöhnlich mit dem Freigelassenen in einer blos lucrativen Societät. Der Freigelassene mußte ihnen von dem gesammten Vermögen ⅓ abgeben. Dies ward im Edict verboten. Der Patron sollte ⅓ von jedem Erwerb erst beim Tode des Freigelassenen haben. Deshalb sollte der Patron jede vom libertus inter vivos vorgenommene absichtliche Verminderung seines Vermögens anfechten können[14] (cf. Francke S. 540—544).

3. Stirbt der Arrogator während der Impubertät des Arrogirten, ohne ihn emancipirt zu haben, oder gehört der Arrogirte, obwohl emancipirt, als leiblicher Descendent zu des Arrogators Intestaterben, so hat er im Verhältniß zum Arrogator das gewöhnliche Notherbenrecht eines Descendenten. Hatte daher der Arrogator ein Testament gemacht und den impubes aus ungerechten Gründen oder nicht in gehöriger Form ausgeschlossen, so stehen nun dem impubes die ausgedehnten Rechte eines verletzten Notherben zu. Nur kann er nicht die Quart und außerdem noch von dem übrigen Vermögen den Pflichttheil fordern[15].

Mit Unrecht wollen Manche (cf. Francke S. 476) dem impubes arrogatus das gewöhnliche Notherbenrecht eines Descendenten absprechen, gestützt auf cit. l. 8 § 15 D. 5. 2, welche nur die querela inoff. testamenti versagt, weil nach dem Recht der Digesten ohnehin die Quarta divi Pii jedenfalls dem Pflichttheil wenigstens

11) L. 1 pr. § 11. 12 D. 38. 5.
12) L. 3 § 2. 3 D. eod.
13) L. 3 § 1 D. eod.: Haec actio in perpetuum datur, quia habet rei persecutionem.
L. 1 § 26 D. eod.
14) L. 1 pr. § 2 l. 3 § 20 D. 38. 2.
15) Arg. cit. l. 8 § 15 D. 5. 2 (cf. Anm. 7).

Digitized by Google

gleichkam, also die immer nur subsidiäre Querel entbehrlich machte (cf. Arndts § 607 Anm. 2).

Ward aber der impubes arrogatus formgemäß und aus gerechten Gründen ausgeschlossen, so gilt dies zwar, dennoch aber kann er aus dem Vermögen des Arrogator die Quarta divi Pii verlangen; cit. § 3 I. 1. 11. Die Quarta divi Pii kennt keine Ausschließungsursachen. Dies ist jedoch bestritten (cf. Vangerow § 252 gegen Francke S. 474 ff.).

4. Tritt keiner dieser Fälle ein, erreicht also der impubes die Pubertät durante arrogatione, so fallen alle sub Nr. 1—3 ausgeführten Besonderheiten weg.

Achtes Capitel.

§ 144.

Mortis causa capio.

Löffler, De mortis c. capionibus. Lips. 1751. Wächter im civ. Arch. Bd. 17. Nr. 9. Meyerfeld Schenkungen § 8. Arndts § 610. Puchta § 525. Brinz § 225. Sintenis § 207. Böcking Grdr. III. B. § 154. Rostkirt Vermächt. Bd. I. S. 74 ff. Böcking, Abriß der Instit. S. 283 ff. Göschen § 783 ff. Müller S. 688. Bering S. 801—804. Keller Instit. S. 358—360. Weiske im Rtsl. Art. Mortis causa capio. Bd. 7. S. 232—237.

Unter diesem Ausdruck wird im weitesten Sinne jede Erwerbung begriffen, die man in Folge des Todes einer Person macht, „quidquid nobis propter alicujus mortem obvenit", also auch Erbschaften, Vermächtnisse, mortis causa donationes[1].

---

1) L. 8 pr. D. 39. 6: Qui pretio accepto hereditatem praetermisit, sive ad substitutum perventura sit hereditas, sive ab eo ab intestato successurus, mortis causa capere videtur. Nam quidquid propter alicujus mortem obvenit, mortis causa capitur.. Et quod a statulibero conditionis implendae causa capitur, vel a legatario mortis causa accipitur . . .

L. 12 D. eod.: Si mulier ventris nomine per calumniam, ut in possessionem mitti desideret, pecuniam accepit.. mortis causa eam capere Julianus scribit.

L. 31 § 2 D. eod.: Sine donatione autem capitur veluti pecunia, quam legatarius alicui conditionis implendae gratia numerat . . Eodem numero est pecunia, quam quis . . accipit, ut vel adeat hereditatem vel non adeat . . ut legatum omittat. Sed et dos, quam quis in mulieris mortem a marito stipulatur, capitur sane mortis causa. Rursus id, quod

Digitized by Google

Im engeren Sinne aber versteht man darunter nur solche Erwerbungen von Todeswegen, die weder Erbschaften noch Vermächtnisse, noch mortis causa donationes sind[2], also keinen technischen Namen haben, z. B. was ein Erbe oder Vermächtnißnehmer sich für Ablehnung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses etwa bezahlen läßt[3]; oder was conditionis implendae causa gegeben wird[4]; z. B. es ist mir ein Haus vermacht für den Fall, daß ich bis zum 1. Januar 100 fl. an die Armen gezahlt haben werde. Hier sind diese 100 fl. keine Auflage an mich, kein Vermächtniß, sondern lediglich ein zufälliger Erwerb von Todeswegen, den die Armen machen, wenn ich die Bedingung erfüllen will.

Auch der Fall des Erwerbes des socius liberalitatis principis gehört hierher (cf. § 18 Nr. II. A.) und der Fall des § 13 Nr. II. 4; nicht dagegen das Recht des Fiscus und gewisser Corporationen auf bona vacantia. Dies ist vielmehr ein wahres Intestaterbrecht (cf. § 18 Nr. I. II.). Auch wer das Recht hat, wegen Indignität einem Erben das Erbrecht zu entziehen, ist heredis loco (cf. § 60).

Die Vermögensconfiscation endlich hat gar keine Beziehung zum Erbrecht und ist in Deutschland überall abgeschafft (cf. Wächter l. c. S. 429—430).

Die mortis causa capiones sind, da sie keine weiter ausgebildete, besondre Lehre ausmachen, an verschiedenen Orten im Erbrecht zu erwähnen.

---

mortis causa donatur, aut in periculum mortis datur, aut cogitationem mortalitatis . .

Cit. l. 18 pr. D. 39. 6.

2) L. 31 pr. D. h. t.: Mortis causa capitur, quum propter mortem alicujus capiendi occasio obvenit, exceptis his capiendi figuris, quae proprio nomine appellantur. Certe enim et qui hereditario aut legati . . jure capit, ex morte alterius nanciscitur capiendi occasionem. Sed quia proprio nomine hae species capiendi appellantur, ideo ab hac definitione separantur.

Cf. l. 76 D. 35. 2.

3) Cit. l. 8 pr. l. 31 § 2 D. h. t. (cf. Anm. 1).

4) L. 38 D. h. t.: . . Mortis causa capi intelligitur et quod non cadit in speciem donationis. Etenim quum quis testamento suo Pamphilum servum liberum esse jussit, „si mihi decem dederit“: nihil mihi donasse videbitur; et tamen, si accepero a servo decem, mortis causa accepisse me convenit.

Cit. l. 8 pr. l. 31 § 2 D. eod. (cf. Anm. 1).

Digitized by Google

Wort- und Sach-Register.

Die römischen Zahlen beziehen sich auf die Abtheilung, die arabischen auf die Seite. Dem Bedürfniß eines recht vollständigen Registers ist möglichst entsprochen worden, insoweit es die Rücksicht auf eine allzu unmäßige Ausdehnung gestattete. Jeder Abtheilung ist außerdem ein Inhaltsverzeichniß beigegeben worden.

A.

Ablehnung der Erbschaft II. 47 ff.
Abstention I. 304. II. 56. 59 ff. 92 ff. 304. s. auch beneficium abstinendi.
Absonderungsrecht s. beneficium separationis.
Acceptilatio II. 366.
Accessorische Intervention II. 272.
Accrescenzrecht bei Erbschaften I. 13. 52. 116. 124 ff. 185. 257. 266. 274 ff. II. 67. 77 ff. 166. 207. 243. 273. 360. 386. 395. s. auch jus accrescendi.
—— bei der querela inoffic. testamenti II. 450. 453.
—— bei Universalvermächtnissen II. 386.
—— bei Vermächtnissen I. 54. II. 292 ff.
Accretionsrecht s. Accrescenzrecht.
Actio ad exhibendum II. 352.
—— ad supplendam legitimam II. 456.
—— Calvisiana II. 491.
—— communi dividundo II. 130. 134. 138.
—— doli II. 32. 329. 352.
—— expletoria II. 456.
—— ex testamento II. 309.
—— familiae erciscundae I. 249. II. 129 ff. 147. 151. 172. 236. 241. 384.
—— Faviana II. 491.
—— hypothecaria des Vermächtnißnehmers II. 303. 362.
—— injuriarum I. 2. II. 105.
Actio in personam des Vermächtnißnehmers II. 302.
—— legati II. 302.
—— mandati contraria II. 111.
—— negotiorum gestorum II. 130. 135. 137. 193.
—— personalis ex testamento sive ex codicillis II. 291. 302. 457.
—— Publiciana II. 161. 173.
—— quasi Calvisiana et quasi Faviana II. 491.
—— quod metus causa II. 32.
—— suppletoria II. 444. 445. 447. 456 ff.
—— vindictam spirans II. 105. 449.
Actores II. 36.
Ademtio legati II. 275 ff. 278. 349.
Additionalsystem II. 470.
Aditio hereditatis I. 22. 36. 43. II. 27 ff. 33 ff. s. auch Erbschaft, Antretung ders.
Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum II. 4.
Adoptio minus plena I. 72 ff. 95. II. 427. 479.
—— muliebris I. 107. 108. II. 428.
—— plena I. 26. 68. 72. 108. II. 427.
Adoptivgeschwister I. 76.
Adoptivkinder, deren Intestaterbrecht I. 72 ff.
—— deren Pflichttheilsrecht II. 427 ff.
Adoptivverwandtschaft als Successionsgrund I. 68. 71 ff. 107 ff.
Adquisitio hereditatis I. 43. 131. II. 33. s. auch Erbschaft, Erwerb ders.

Digitized by Google

Aftervermächtniß II. 232. 271. 274. 276. 291. 299. 314.
Agnatenfamilie I. 63. s. auch agnatio.
Agnatio I. 16 ff. 61. 66 ff. 71. 108. II. 429.
Agnitio Bonorum Possessionis I. 32. 34 ff. II. 29. 33. 35. 41.
Alimenta legata s. Alimentenvermächtniß.
Alimentenvermächtniß II. 297. 348 ff.
Alternatives Vermächtniß II. 353 ff.
Analphabeti I. 194.
Anfall der Erbschaft I. 40.
—— des Vermächtnisses II. 286.
Anfechtbarkeit der Testamente II. 4.
Annahme des Testaments I. 177.
Annua legata II. 324. 345 ff. 359. 400. s. auch Rentenvermächtniß.
Anstalten I. 116.
Antretungsfrist II. 43. 75. s. auch spatium und beneficium deliberandi.
Anwachsungsrecht s. Accrescenzrecht.
Apostaten I. 57. 144.
Arbitrium I. 206 ff. II. 158.
Armenanstalten I. 116. 155.
Arme Witwe I. 57. 68. 111 ff. II. 84. 152. 434. 489.
Arrogatio I. 39. 68. 71 ff. 95. 303. II. 15. 428. 490 ff. s. auch impubes arrogatus.
As I. 259.
Ascendenten I. 186. 306. 307. II. 140. 145 ff.
—— ihr Intestaterbrecht I. 69. 95 ff.
—— ihr Rotherbenrecht II. 467 ff.
—— als Pflichttheilsberechtigte II. 429. 467 ff.
Aufhebung eines bereits erfolgten Erbschaftsantritts II. 90 ff.
—— der Testamente II. 1 ff.
Aufnahme des Testaments I. 177.
Ausschlagung der Erbschaft I. 126. 127. II. 47 ff.
—— des Vermächtnisses II. 284 ff.
Ausschließungssystem II. 470.

B.

Bedingung bei einer Honorirung I. 42. 217 ff. 250. II. 38. 286 ff. 290.
—— bei Hinterlassung des Pflichttheils II. 441 ff.
—— Erfüllung ders. I. 234 ff.
—— resolutive bei der Erbeinsetzung I. 217 ff.
—— resolutive bei Vermächtnissen I. 220 ff.
Bedingung suspensive bei der Erbeinsetzung I. 217 ff.
—— suspensive bei Vermächtnissen I. 221 ff. 286 ff. 290.
—— uneigentliche bei letztwilligen Verfügungen I. 222 ff.
—— Wirkungen ders. I. 244 ff.
Beneficial-Erbe II. 111.
Beneficium abstinendi I. 300. 302. II. 54 ff. 91. 150.
—— deliberandi II. 40 ff. 112. 147. 150. 285. 291.
—— inventarii II. 32. 109 ff. 122. 126. 147. 212. 383.
—— separationis II. 119 ff. 216.
Berechnung der Falcidischen Quart II. 242. 320 ff.
—— des Pflichttheils II. 242 ff.
—— der Trebellianischen Quart II. 388 ff.
Berufung zur Erbschaft I. 40 ff. 59. s. auch delatio hereditatis.
Bes I. 259.
Besitz, Erwerb dess. durch den Erben I. 13. 14. II. 102 ff.
Betrug I. 201. II. 3. 31.
Beweis der Testamente I. 161 ff. II. 20 ff. 165.
—— des Erbrechts II. 165 ff.
Beweiszeugen I. 160. 191. II. 12. 20.
Blinde I. 161. 193 ff. II. 253.
Blödsinnige I. 117. II. 361. s. auch furiosus und Geisteskranke.
Blutsverwandte I. 84 ff. s. auch cognatio.
Bona ereptoria seu ereptitia I. 60. II. 94 ff. 164. s. auch Indignität.
—— vacantia I. 16. 114. II. 164. 494.
Bonorum possessio ab intestato I. 26 ff. 70. 75.
—— —— —— Classen ders. I. 26 ff.
—— —— Anwendbarkeit ders. im heutigen Recht I. 36 ff.
—— —— contra tabulas I. 24. 25. 32. 37. 88. 304. II. 94. 97. 140. 142. 144. 194. 401. 418. 421 ff. 489.
—— —— contra tabulas commisso per alium edicto II. 424.
—— —— cum re I. 32. 33.
—— —— decretalis I. 34. 35. 39.
—— —— Erwerb ders. I. 34.
—— —— ex edicto Carboniano I. 39. II. 41. 200 ff.
—— —— extraordinaria I. 34. 35.
—— —— furiosi nomine I. 39. II. 37. 205 ff.

Digitized by Google

Bonorum possessio necessaria I. 32.
—— —— ordinaria I. 34. 35.
—— —— secundum tabulas I. 25 ff. 32. 33. 37. 38. 149. 246. 281. II. 13. 15. 208. 420.
—— —— sine re I. 32. 33. II. 420.
—— —— unde cognati I. 20. 21. 28. 74.
—— —— unde legitimi I. 27. 28.
—— —— unde liberi I. 26. 27. 74. 75. 88. II. 410.
—— —— unde vir et uxor I. 28. 37. 69. 70. 111. 113.
—— —— utilis I. 32. 33.
—— —— ventris nomine I. 39. s. auch Missio in possessionem ventris nomine.
—— —— Verhältniß ders. zur Hereditas I. 30 ff.
—— —— wegen bedingter Erbeinsetzung I. 246. II. 208 ff.
Brautkinder I. 83.

C.

Caduca I. 59. 269. II. 69. 72. 85. 293. 294.
Canonische Testamentsform I. 176. 190. 191.
Capacitas I. 59. II. 401.
Capio s. mortis causa capio.
Capita, Theilung der Erbschaft in dies. I. 89. 100 ff. 104. 106. 109. 110. II. 83. 84. s. auch successio in capita.
Capite damnati I. 137. 147.
Capitis deminutio I. 137. 145. II. 15.
Capitula Raynutius et Raynaldus II. 320.
Captatorische Dispositionen I. 203 ff.
Captirende Disposition I. 203.
Captirte Disposition I. 204.
Carbonianum edictum II. 200 ff.
Casus impotentiae I. 273.
—— noluntatis I. 273.
Catonianische Regel s. regula Catoniana.
Causa justa ingratitudinis II. 467.
Cautela Socini II. 443.
Cautio de eventualiter restituendo II. 306. 328. 393.
—— legatorum servandorum causa I. 246. II. 303 ff. 308. 380.
—— Mucians I. 238 ff. 280. II. 302. 310. 401.
—— usufructuaria II. 360.
—— wegen Ueberlastung der Falcidia II. 310. 322. 328.
Centumviralgericht II. 188. 426. 444.
Certitudo consilii I. 149. II. 29.
Classen der Intestaterben I. 69. 70. 84 ff.
Clausula adjuratoria II. 5.
—— codicillaris II. 255 ff. s. auch Codicillarclausel.
—— derogatoria II. 5.
Civiles Erbrecht I. 16 ff. s. auch hereditas.
Civilpersonen I. 185. 195.
Codicillarclausel II. 3. 13. 16. 255 ff. 271. 375. 454.
Codicillarformen II. 150. 278. 404. s. auch Form der Codicille.
—— außerordentliche II. 253 ff.
—— ordentliche II. 251 ff.
Codicillarische Fiction II. 250.
Codicilli I. 133. 135. 137 ff. 147 ff. 180. 255. 271. 277. II. 3. 12. 13. 16. 18. 225. 226. 248 ff. 273. 276 ff. 374.
—— Arten ders. II. 248 ff.
—— Eröffnung ders. II. 17 ff.
—— Errichtung ders. II. 248 ff.
—— Ungültigkeit ders. II. 253 ff.
Coelebs I. 59.
Cognatio I. 16. 20. 23. 28. 61. 66. 67. 72. 73. II. 424 ff.
—— legitima sive civilis I. 18.
Coheredes I. 6. 7. II. 126 ff. 129. 139 ff.
Cohortales I. 116.
Collaterales I. 56. 69. 106. 110. 126. s. auch Seitenverwandte.
Collation I. 86. 190. II. 137. 139 ff. 253. 440.
Collatio dotis II. 142 ff. 151.
—— emancipatorum II. 141 ff. 151.
—— omnium bonorum II. 140 ff.
—— vetus II. 141.
Collationspflicht der Descendenten II. 145 ff.
—— Art der Leistung ders. II. 157 ff.
—— Objecte ders. II. 152 ff.
—— Subjecte ders. II. 145 ff.
Collegatarii I. 116. II. 241 ff. 260. 274. 293 ff. 352. 361.
—— re conjuncti II. 295 ff.
—— re et verbis conjuncti II. 296.
—— verbis conjuncti II. 293 ff.
Color insaniae II. 426.
Comitia calata I. 156.
Commercium I. 137. 147. 148. II. 258. 280.
—— mortis causa I. 137.
Commodum repraesentationis II. 333. 369.

Digitized by Google

Communio incidens II. 127. 138.
—— pro indiviso I. 8. II. 127. 129 ff.
Compensatio legatorum mutuorum II. 327.
Computatio collective II. 435.
—— distributiva II. 435.
Concubinat I. 79 ff.
Concubinenkinder I. 80 ff.
Concursus duarum causarum lucrativarum II. 282.
Conditio s. Bedingung.
—— juris jurandi I. 231. II. 401.
—— usucapiendi I. 14. II. 102.
—— viduitatis I. 239.
Conditionis implendae causa datum II. 326. 388. 390. 394. 439. 494.
Condictio causa data, causa non secuta II. 403.
—— certi, incerti ex testamento II. 223.
—— ex const. 30 Cod. de inoff. test. (3. 28) II. 456.
—— ex lege II. 193. 464.
—— indebiti II. 57. 132. 168. 186. 329.
Condominium pro indiviso II. 127.
Conferenda II. 151 ff.
Confiscatio bonorum I. 57. II. 494.
Confusio II. 40. 58. 105 ff. 109. 116. 121. 126. 128. 140. 213. 300. 321. 337.
Conjunction mehrer Erben I. 265 ff. II. 86 ff.
—— mehrer Vermächtnißnehmer II. 293 ff.
Conjux binubus I. 59.
Consanguinei I. 64. 67. 104. 105. II. 429. s. auch Geschwister.
Continuität des Erbverhältnisses I. 15.
Contradictor II. 198.
Conversion der Rechtsgeschäfte II. 256.
Corporationen, Erbrecht ders. I. 116. 153. II. 494.
Correctionssystem II. 142. 470.
Cretio hereditaria II. 32.
Crimen expilatae hereditatis I. 3.
Curator hereditatis jacentis I. 14. II. 44.
—— ventris nomine II. 204.
Curianum judicium I. 297.

D.

Datio in solutum II. 211.
—— in dotem II. 211.
Debitum legatum s. legatum debiti.
Decunx I. 259.
Delatio hereditatis I. 40 ff. 117 ff. 245. II. 26. 29. 48. 66 ff. 77. 185.
—— —— Wirkung ders. I. 42. 43.
—— —— Zeitpunct ders. I. 42.
Delation des Vermächtnisses II. 283. 286. 289.
Delationsgründe I. 42. 45 ff.
—— ihr Verhältniß zu einander I. 50 ff.
Delibatio hereditatis II. 219.
Deliberationsfrist II. 41 ff. 55. 73. 114. s. auch beneficium deliberandi.
Derogationssystem II. 470. 471 ff.
Descendenten I. 186 ff. 308. II. 69 ff.
—— als Notherben II. 467 ff.
—— als Pflichttheilsberechtigte II. 427. 467 ff.
—— ihr Intestaterbrecht I. 69. 84 ff.
—— uneheliche s. Kinder.
Descendentencollation II. 144. s. auch Collationspflicht.
Designation des Erben I. 46.
Deunx I. 259.
Dextans I. 259.
Dies ad quem I. 217. 219. 221. II. 261. 309.
—— cedens I. 45. II. 246. 266. 283 ff. 289. 336. 345 ff. 348. 355. 359. 380.
—— certus I. 217. 219. 221. 233. 234. II. 291.
—— ex quo I. 217. 219. 221. 222. II. 261. 286 ff. 291.
—— incertus I. 217. 222. 233. 234. II. 286. 303.
—— veniens I. 45. II. 283 ff. 288. 289. 291. 336. 355. 357. 381.
Dingliche Rechte, Vermächtniß ders. II. 356 ff.
Disjuncti I. 267.
Dispositionen letztwillige s. Testament und codicilli.
Divisio in lineas I. 62. 98 ff. 109. II. 83. 86.
—— parentum inter liberos I. 189. 190.
Documente II. 135.
Dodrans I. 259.
Dolus s. Betrug.
Donatio inofficiosa II. 461 ff.
—— inter vivos I. 6. II. 153 ff. 399. 404. 407.
—— mortis causa s. mortis causa donatio.
—— omnium bonorum I. 6.
—— propter nuptias II. 112. 144. 153 ff. 383. 439.

Digitized by Google

Donatio simplex II. 153 ff. 211.
—— spei I. 48. II. 218.
Dos adventitia II. 144 ff.
—— legata s. legatum dotis.
—— profectitia II. 143. 144 ff.
—— relegata s. relegatum dotis.
Drillingsgeburt II. 167.
Dupondium I. 263.

E.

Edictum si quis omissa causa etc. II. 269.
—— successorium I. 29.
Editio tituli II. 173.
Edition der Testamente II. 22 ff.
Ehe als Successionsgrund II. 55. 90. 111 ff.
—— putative s. matrimonium putativum.
Ehegatte I. 70. 111 ff. s. auch B. P. unde vir et uxor.
Einmischung in die Erbschaft II. 54 ff. s. auch Immixtion.
Einrede s. exceptio.
—— der Inofficiosität II. 446.
Einwerfung II. 141. s. auch Collation.
Emancipati I. 25 ff. II. 421 ff.
Emphyteusis, Vermächtniß ders. II. 356. 361.
Emtor hereditatis II. 169. 212. 315. 373.
Enterbung I. 135. 188. 293. II. 248. 406. 409 ff. s. auch exheredatio.
Enterbungssystem II. 470.
Enterbungsursachen nach Nov. 115. II. 479 ff.
Enterbung in wohlmeinender Absicht II. 486 ff.
Erbeinsetzung I. 46. 134. 135. 211. 225. 248. 250 ff. 273. II. 2. 6. 8. 14. 248. 256. 265.
—— der Notherben II. 406. 409 ff.
—— stillschweigende I. 252.
Erbeinsetzungsvertrag s. Erbvertrag.
Erben, Begriff ders. I. 4. s. auch heredes und Erbfolge.
—— gesetzliche I. 46. II. 314.
—— testamentarische I. 45. II. 313. 314.
Erbfähigkeit s. Successionsfähigkeit.
Erbfolge fideicommissarische I. 55. s. auch fideicommissaria hereditas.
—— gesetzliche oder Intestaterbfolge I. 46. s. auch successio.
—— Ordnung ders. I. 62. 69. 84 ff.
—— System ders., doppeltes I. 16 ff.
Erbfolge testamentarische oder aus letztem Willen I. 45. 46. 132 ff. II. 144. 149.
Erblasser I. 4.
Erbrecht I. 4.
—— civiles I. 16 ff. s. auch hereditas.
—— prätorisches s. Bonorum possessio.
Erbschaft I. 4. s. auch hereditas.
—— Anfall ders. I. 40 ff.
—— Antretung ders. I. 43 ff. II. 26 ff.
—— Ausschlagung ders. II. 47 ff.
—— Erwerb ders. II. 26 ff. 50 ff. 63 ff. 166.
—— Erwerb ders. durch einen Stellvertreter II. 35 ff.
—— Erwerb ders. für einen infans II. 28. 68.
—— Erwerb ders. für einen Geisteskranken II. 37.
—— Erwerb ders. für einen Verschollenen II. 37.
—— Form des Erwerbs ders. II. 32 ff.
—— Wirkungen des Erwerbs ders. I. 14. II. 101 ff.
Erbschaftsklage II. 162 ff.
Erbschafts-Liquidations-Proceß II. 117.
Erbschaftssclaven I. 12. 13. 147. II. 154.
Erbschaftssteuer II. 17. 197.
Erbschaftsveräußerung II. 210 ff. 376. 386.
Erbschaftsverkauf Seitens des Fiscus II. 215.
Erbschaftsverlust II. 91 ff.
Erbtheile bei der Intestaterbfolge I. 62. 89 ff. 98 ff. 104 ff. 106 ff.
—— bei der Testamentserbfolge I. 187. 258 ff.
Erbtheilung I. 7. 87. 259. II. 129 ff. 158.
Erbtheilungsklage s. actio familiae erciscundae.
Erbvertrag I. 46 ff. 50. 147. 196. II. 6. 165. 198. 217.
Erbverzicht I. 47. II. 48.
Erepticium s. bona ereptoria.
Eröffnung letzter Willen I. 136. II. 17 ff.
Error I. 199. 200. II. 31 ff.
Erwerb des Erbrechts I. 43. II. 26 ff.
—— des Universalvermächtnisses II. 380 ff.
—— der Vermächtnisse II. 283 ff.
—— des vermachten Rechts II. 288. 289.
Erwerbsunfähigkeit I. 58 ff. II. 96.
Erzwungene Erbschaftsantretung II. 393 ff.

Digitized by Google

Eventualdelation I. 123 ff.
Eviction der Erbschaft II. 138. 215.
Exceptio doli I. 156. II. 3. 32. 107. 366.
—— ex testamento II. 309.
—— quod praejudicium hereditati non fiat II. 172. 188.
—— rei in judicium deductae II. 189.
—— rei judicatae II. 189.
—— rei venditae et traditae II. 110.
—— restitutae hereditatis II. 384.
Executor testamenti II. 24 ff.
—— —— conventionalis II. 25.
—— —— dativus II. 25.
—— —— generalis II. 24.
—— —— legitimus II. 25.
—— —— specialis II. 24.
—— —— testamentarius II. 25.
Exheredatio II. 412 ff. 256. s. auch Enterbung.
—— ab omnibus gradibus II. 415.
—— in contrarium casum II. 421.
—— inter ceteros II. 413 ff.
—— nominatim facta II. 413 ff.
—— post aditam hereditatem II. 414.
Exheredatio bona mente facta II. 486 ff.
Exheredatus numerum facit ad augendam, partem ad minuendam legitimam II. 435.
Exhibition der Testamente II. 22 ff.

F.

Fabricensium collegium I. 116.
Facta defuncti II. 110.
Falsa causa adjecta non nocet I. 200.
—— demonstratio non nocet I. 210.
—— —— non perimit legatum II. 370.
Familia I. 19. 25. 66.
—— defuncti I. 52.
Familiae emtor I. 147. 158. 162.
—— mancipatio I. 148. 156.
—— venditio II. 265.
Familienfideicommiß I. 82. II. 261 ff.
Favor testamentorum I. 254.
Fiction I. 9 ff. 26. II. 142. 283. 426. 446.
Ficti possessores II. 171 ff. 189.
Fideicommiß s. Vermächtniß.
Fideicommissaria hereditas II. 220. 226. s. auch Universalfideicommiß.
Fideicommissarische Substitution s. substitutio fideicommissaria.
Fideicommissarius II. 221. 325. 373 ff.
Fideicommissum II. 221. 225 ff. 312.
—— ejus, quod superfuturum erit II. 379 ff.
—— heredi (legatario) praesenti injunctum II. 252.
—— hereditatis II. 226. 373. 442.
—— successivum II. 260 ff. 375.
Fiduciarius II. 373 ff.
Filiifamilias, ihre Fähigkeit zu testiren I. 65. 139 ff. 303. II. 15.
Filiusfamilias I. 65. 66. 91. 139. 145. 162. 215. 305. II. 265. 409 ff. 486.
Fingirte Erfüllung der Bedingung I. 239 ff.
Fiscus, Erbrecht deß. I. 114 ff. II. 85 ff.
Form außerordentliche der Testamente I. 180 ff.
—— der Codicille I. 133. 135. II. 250 ff.
—— der mortis causa donatio II. 403 ff.
—— der öffentlichen Testamente I. 175 ff.
—— des ordentlichen Privattestaments I. 159 ff.
—— —— besondre des schriftlichen ordentlichen Privattestaments I. 169 ff.
—— —— besondre des mündlichen ordentlichen Privattestaments I. 172 ff.
Freigelassene I. 65. 152. II. 489.
Furiosus I. 142. 305 ff. II. 37. 48. 205 ff. s. auch Geisteskranke.

G.

Gefangenschaft I. 137. 139. 303. II. 99. 100. 379.
Geisteskranke I. 117. 139. 142. 161. 269. 306. II. 6. 27. 99. 206 ff. s. auch furiosus.
Gemeinschaftliche Testamente I. 195 ff.
Gemischtes System II. 474.
Gens, Gentilen I. 20. 27. 63.
Gentilität I. 16.
Genus legatum s. legatum generis.
Gerichtliche Testamente I. 177 ff. 216.
Gerichtlicher Einsatz II. 199.
Germani II. 429. s. auch Geschwister.
Geschwister, deren Erbfolge I. 20. 67. 69. 95. 96 ff. 99 ff. 104 ff.
—— deren Recht auf den Pflichttheil II. 429 ff.
—— deren Stellung zum Notherbenrecht II. 484 ff.
—— halbbürtige und vollbürtige I. 69. 95 ff. 133 ff. 308.

Digitized by Google

Geschwisterkinder I. 96 ff. 103 ff. 126.
Gesammtheit, Vermächtniß ders. II. 342 ff.
Gestio pro herede s. pro herede gestio.
Gewährleistung bei der Erbtheilung II. 137.
Götter, ihre testamenti factio passiva I. 152.
Gradus I. 28 ff. 62. 85 ff. 117 ff. s. auch successio graduum.

H.

Halbgeschwister I. 64. 70. 104 ff. II. 429. s. auch uterini.
Häretiker I. 144.
Hauskinder I. 40. 65. 139. 283. 284. II. 68. 140. s. auch sui heredes.
—— testamenti factio activa ders. I. 139 ff. II. 15.
Heredes ab intestato I. 46. II. 232. s. auch heres.
—— conjuncti I. 265 ff. II. 86 ff.
—— —— aequis ex partibus I. 268.
—— re conjuncti I. 265. II. 87. 88 ff.
—— re et verbis conjuncti I. 265 ff. II. 88 ff.
—— verbis conjuncti I. 266. II. 86 ff.
—— domestici II. 50.
—— ex certa parte I. 6. 260 ff.
—— ex re certa I. 254 ff. 260 ff. II. 13. 96. 146.
—— ex testamento I. 46.
—— extranei I. 35. 45. 188. II. 50 ff. 65. 73. 81. 92. 205.
—— instituti I. 46. 259 ff. 274 ff.
—— necessarii I. 44. 225. 292. II. 31. 51 ff. 407.
—— primi, secundi, tertii etc. gradus I. 272 ff. 277. II. 42. 288.
—— sine parte I. 260 ff.
—— sui et necessarii I. 44. 225. II. 51 ff. s. auch sui heredes.
—— substituti I. 270 ff.
—— voluntarii I. 45. II. 31. 50 ff.
Heredis institutio s. Erbeinsetzung.
—— coërcendi causa relicta I. 205.
Hereditas I. 2. 4. 16 ff. II. 16. s. auch Erbschaft und Erbfolge.
—— ab intestato I. 17. 46 ff.
—— acquisita I. 42 ff. II. 63 ff.
—— damnosa I. 5.
—— delata I. 40 ff. II. 63 ff.
—— fideicommissaria II. 220. 226. 373.
Hereditas jacens I. 9 ff. 58. 245. II. 102 ff. 170.
—— legitima II. 17. 62.
—— testamentaria s. Testament.
—— Verhältniß ders. zur Bonorum Possessio I. 30 ff.
—— acquisita semper transmittitur ad heredes II. 63.
—— delata, sed nondum acquisita, non transmittitur ad heredes I. 43. II. 65. 66.
—— etiam sine ullo corpore juris intellectum habet I. 5. 40.
—— sine aditione acquisita a suo herede, transmittitur ad ejus heredes II. 63.
—— nondum delata, nondum acquisita, nunquam transmittitur ad heredes I. 42. II. 63.
—— viventis non datur I. 41. II. 71.
Hereditatis aditio I. 22. II. 32. 33. s. auch Erbschaft, Antretung ders.
—— delibatio II. 219.
—— omissio II. 47 ff.
—— petitio I. 2. 3. 22. 31. 114. II. 3. 129. 131. 160 ff.
—— —— Begriff ders. II. 160 ff.
—— —— Beweis bei ders. II. 165 ff.
—— —— civilis II. 164.
—— —— ex causa inofficiosi querelae II. 446.
—— —— ex causa nullitatis II. 475.
—— —— fideicommissaria II. 164. 384.
—— —— Gegenforderungen des Beklagten bei ders. II. 185 ff.
—— —— intestati II. 2. 164. 418.
—— —— Klagegrund ders. II. 162 ff.
—— —— Leistung des Beklagten bei ders. II. 179 ff.
—— —— partiaria II. 165. 166. 172.
—— —— possessoria I. 32. II. 164. 196.
—— —— qualificata II. 446. 475.
—— —— totalis seu universalis II. 163. 165. 166.
—— —— utilis II. 164. 169. 213. 216.
—— —— Verhältniß ders. zu den Interessen Dritter II. 187 ff.
Heres I. 17 ff. 113. II. 194. s. auch Erben und heredes.
—— directus II. 221.
—— ex asse I. 6. 254. 259 ff.
—— ex parte I. 260 ff. II. 3.
—— ex testamento I. 17.

Digitized by Google

Heres fideicommissarius II. 122. 225. 373.
—— fiduciarius II. 373.
—— in conditione positus I. 252.
—— indirectus II. 221.
—— legitimus I. 17. 22.
—— obliquus II. 221.
Hochverräther I. 57.
Honorirter I. 132. 136. 148. II. 180. 210. 220. 237 ff. 260.

I.

Immissio II. 199.
Immissionen II. 199 ff.
Immixtion II. 55 ff.
Impensae II. 137. 187. 309. 371.
Impubes I. 142. 147. 269. 285 ff. II. 27. 51. 55 ff. 201. 233. 318 ff.
—— arrogatus I. 95. 292. 299. 303. II. 131. 428. 434. 490 ff.
Incapax I. 58 ff.
Incapacität I. 58 ff.
Incertae personae I. 148 ff. 205. II. 412.
Incestuosi I. 58. 79 ff.
Indignität I. 60. II. 94 ff.
Indignitätsfälle I. 117. II. 96 ff.
Infantes I. 147. II. 27. 37. 51. 68.
Infantia major II. 28. 37. 69.
In integrum restitutio I. 281. 304. II. 31. 50. 55. 74 ff. 81. 91 ff. 124. 147. 210. 247. 340.
In jure cessio legitimae hereditatis II. 64. 216.
In legitimis hereditatibus successio non est I. 16. 30. 121.
Inofficiositätsquerel II. 444.
Inofficiositätssystem II. 473.
In secundum casum legatum II. 261.
Institutio ex re certa I. 254 ff.
—— heredis s. Erbeinsetzung.
—— heredis mystica I. 253.
—— principis litis causa I. 202.
Instrumentszeugen I. 161.
Instrumentum II. 333.
Instructus legatus II. 341.
Interdictum de tabulis exhibendis II. 22 ff.
—— quod legatorum II. 306 ff. 309. 329. 400.
—— quorum bonorum I. 2. 3. 31. 39. II. 193 ff. 209. 418.
Interrogatio in jure II. 173.
Interusurium II. 321. 323. 390.
Intestabiles lege I. 144. 148. 160.
Intestabilität I. 160.
Intestatcodicille II. 248 ff. 407.
Intestaterbfolge I. 50 ff. 61 ff.
—— deren Geschichte I. 63 ff.
—— der Verwandten I. 66. 69. 84 ff.
—— nicht verwandter Personen II. 62. 110 ff.
Intestaterbrecht I. 61. 80. s. auch Intestaterbfolge.
Inventar II. 45. 46. 111 ff. 234. 313. 331.
Inventarisation s. beneficium inventarii.
Irrthum I. 199 ff. II. 3. 31 ff. 91. 113.
Judicium familiae erciscundae s. actio famil. ercisc.
Jura in re aliena, Vermächtniß ders. II. 358 ff.
Juramentum calumniae II. 22. 252.
Juris conditio I. 224 ff. II. 53. 287.
Juristische Personen I. 58. 148. 151 ff. II. 36. 346.
—— Persönlichkeit der hereditas jacens I. 9 ff.
Jus abstinendi s. beneficium abst.
—— accrescendi s. Accrescenzrecht.
—— accrescendi bei der Intestaterbfolge II. 82 ff.
—— —— bei der Testamentserbfolge II. 84 ff.
—— —— bei Vermächtnissen I. 53 ff. II. 292 ff.
—— —— beim legatum usufructus II. 297 ff.
—— caduca vindicandi II. 85.
—— deliberandi I. 36. II. 43 ff. 112. s. auch beneficium delib.
—— liberorum I. 21. 64.
—— non decrescendi I. 43.
—— poenitendi II. 404.
—— spolii I. 208.
—— succedendi I. 84.
—— testamenti faciendi I. 136.
—— variandi II. 257.
Jusjurandum in litem II. 22. 45. 171. 180. 189.
Justinianisches Erbfolgerecht I. 66 ff.

K. s. auch C.

Ketzer I. 57. 144.
Kinder s. Descendenten, liberi, sui heredes.
—— aus verschiedenen Ehen II. 90.
—— in matrimonio putativo erzeugte I. 82 ff. 95.
—— uneheliche I. 67. 77 ff. 96. II. 427.
Kirche I. 116. 152. 191.
Klassen der Erbfolgeordnung I. 84 ff.

Digitized by Google

Kognaten s. cognatio.
Kopftheilung I. 101. 104. II. 236. 245. s. auch successio in capita.
Krankenanstalten I. 116.

L.

Legare I. 157. II. 222 ff.
Legatarius II. 222.
Legatum II. 222 ff. 264 ff. s. auch Vermächtniß.
—— ad pias causas II. 301. 332.
—— alternativum II. 353 ff.
—— annuum II. 345 ff.
—— areae II. 281.
—— debiti II. 332. 362. 369 ff. 379.
—— dotis II. 372.
—— generali sermone relictum II. 342.
—— generis II. 350 ff. 353.
—— liberationis II. 362. 366 ff. 371.
—— nominis II. 362 ff. 371.
—— optionis seu electionis s. optio vel electio legata.
—— partitionis II. 224. 226. 230. 373.
—— per damnationem II. 223. 239. 293. 354.
—— per praeceptionem II. 223.
—— per vindicationem II. 222. 293. 354.
—— quantitatis II. 344.
—— redituum II. 345.
—— rei alienae II. 338 ff.
—— sinendi modo relictum II. 224.
—— speciei II. 336 ff. 354.
—— ususfructus II. 347. s. auch usufructus.
Legitima portio I. 307. II. 406. 433. s. auch Pflichttheil.
—— soboles I. 77.
Legitimation I. 82. 83. II. 15.
Letzter Wille, letztwillige Verfügung I. 45. 132 ff.
Levis notae macula II. 430.
Lex Cornelia de falsis I. 215.
—— XII tabularum I. 16. 17. 18. 20. 52. 133. II. 130.
—— Falcidia I. 184. II. 220. 310 ff. 436.
—— Furia testamentaria II. 310.
—— Julia de vicesima hereditatum II. 17. 197.
—— Julia et Papia Poppaea I. 59. 60. 230. 269. II. 69. 84. 94. 293.
—— Voconia II. 311.
Liberatio legata s. legatum liberationis.
Liberi I. 26 ff. II. 421 ff.
—— naturales I. 80 ff. II. 146.
Libripens I. 157. 158.
Linealtheilung I. 89. 99. II. 83. s. auch divisio und successio in lineas.
—— potenzirte I. 99.
Linguae nuncupatio I. 156. 157.

M.

Mancipatio familiae I. 147. 149. 151. 156. 157. II. 9.
Mancipations-Testament I. 133. 157. 162. II. 265.
Mancipium I. 44.
Manufideles I. 208. II. 25.
Manus I. 20. 28. 44.
Matrimonium putativum I. 82. 83. 95.
Menstruum legatum II. 345.
Metus I. 199 ff. II. 31 ff.
Militairtestament I. 180 ff. II. 79. 93. s. auch Testament der Soldaten.
Militia II. 154. 439.
Minderjährige I. 142. II. 27. 55. 91 ff. 102.
Missio in bona testatoris II. 304.
—— in possessionem Antoniniana II. 305.
—— in possessionem ventris nomine II. 202 ff.
—— in propria bona des Onerirten II. 305.
—— legatorum servandorum causa II. 303 ff.
—— scripti heredis in possessionem II. 196 ff.
Miterben s. coheredes.
Miterbrecht der Concubine I. 80.
Mixta personalis actio II. 182.
Modus I. 136. 154 ff. 197. 247 ff. II. 108. 232. 238. 349.
—— succedendi I. 62. 84. II. 425.
Mora II. 156. 157. 181. 210. 280. 299. 301. 378.
Mortis causa capio I. 91. 163. 216. II. 233. 238. 312. 314. 323. 493 ff.
—— —— donatio I. 45. 113. 140. 155. 163. II. 12. 155. 230. 308. 323. 397 ff. 407. 438. 460. 493.
Motive I. 199 ff. II. 31 ff.
Mulier inops, indotata I. 112.
Mulieres probrosae I. 59.
Municipia I. 152.
Mündigkeit I. 285. 290. II. 349. s. auch Pubertät.
Mystische Erbeinsetzung s. institutio mystica.

Digitized by Google

N.

Nachfolge von Todeswegen I. 8.
Nachlaß I. 4 ff.
Nasciturus I. 54 ff. II. 204. 467.
Naviculariorum collegium I. 116.
Nebenbestimmungen bei einer Honorirung I. 216 ff. 279.
Negotiorum gestio I. 12. II. 130. 193.
Nemo cum pluribus testamentis decedere potest II. 10.
—— pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest I. 51. 184. 220. 261. II. 79. 85.
Nießbrauch s. usufructus.
Nomen legatum II. 292 s. auch legatum nominis.
—— gentilitium II. 20.
Nomina propria I. 211. II. 413.
Notariats-Ordnung von 1512. I. 144. 159. 164. 170. 174. 182. 188. 193. II. 251. 404.
Notherben I. 54. 133. 135. 185. II. 1. 301. 407.
Notherbenrecht I. 18. 47. 79. II. 405 ff.
—— der Novelle 115. II. 465 ff.
—— der Periode vor Novelle 115. II. 408 ff.
—— formelles II. 406. 408 ff.
—— materielles II. 406. 425 ff.
Notherbfolge II. 405 ff.
Nova clausula Juliani I. 27.
Novella CXV. I. 37. 293. 304. II. 203. 272. 401. 408 ff. 465 ff.
—— CXVIII. I. 37. 55. 64. 69. 73. 76. 84 ff. II. 471.
—— CXXVII. I. 69. 100.
Novellenursache II. 467.
Nuda proprietas II. 358.
Nudum praeceptum I. 248. II. 108.
Nullitas juris veteris II. 418. 419. 422.
Nullität der Testamente II. 2 ff.
Nullitätsquerel II. 475.
Nullitätssystem II. 475.
Nuncupatio I. 134. 156. 157.

O.

Obligatio quasi ex contractu II. 27. 108 ff. 223. 298 ff. 338. 376.
Obligationes ipso jure divisae sunt II. 127.
Obsignatio testium I. 157. 158. 171.
Occupatio hereditatis I. 2.
Occupationsrecht des Fiscus I. 114 ff.
Octavus subscriptor I. 170. 194.
Oeffentliche Testamente I. 159. 175 ff. II. 19 ff. 251.
Omissio hereditatis s. hereditatis omissio.
Onerirter I. 132. II. 95. 220. 231. 232 ff. 287. 292. 309. 338 ff. 351 ff.
Optio vel electio legata II. 351 ff.
Oralfideicommiß II. 248. 255 ff. 374. 407.
Orbi I. 59.
Ordensleute I. 41.
Ordines I. 18. 26. 62 ff.
Ordo succedendi I. 62. 117 ff. II. 430.
—— unde cognati I. 28 ff. 121 ff.
—— —— legitimi I. 27. 121 ff.
—— —— liberi I. 26. 121 ff.

P.

Pacta de hereditate tertii I. 49. II. 218.
—— de non mutando testamento I. 49.
Pactum hereditarium acquisitivum I. 46.
Parens manumissor II. 488 ff.
Pars coheredi non decrescit II. 78.
—— legitima II. 406. 433.
Partiarius legatarius II. 224. 227.
Partitio legata s. legatum partitionis.
Pasquill I. 144. 148.
Pater arrogator I. 71. 95. 292. 303. II. 490 ff.
Patria potestas s. potestas patria.
Patron I. 65. II. 489.
Peculium adventitium I. 2. 53. 65. 139. 141. 142. II. 15.
—— —— extraordinarium I. 103. II. 28.
—— —— irregulare I. 143. II. 48.
—— —— ordinarium I. 91. 93. II. 28.
—— castrense I. 53. 65. 139. 162. II. 28. 141. 401. 486.
—— militare I. 139.
—— profectitium I. 65. 140. II. 401.
—— quasi castrense I. 53. 139. II. 28. 141. 486.
Pecunia hereditaria II. 134.
Per aes et libram testamentum s. testamentum.
—— fraudem in necem legatariorum omittit hereditatem, seu causam testamenti II. 269 ff. 331.
Peregrini I. 40. 137. 147.
Perpetuität des Erbverhältnisses I. 43. 218.
Persona conjuncta II. 339.
—— turpis s. turpis persona.

Digitized by Google

Personae illustres I. 78.
—— incertae s. incertae personae.
Personalservituten, Vermächtniß ders. II. 357.
Petitio fideicommissi II. 302. 381. 385.
Pfandrecht, Vermächtniß dess. II. 356. 361.
—— des Vermächtnißnehmers II. 302 ff. 370.
Pflicht des Erben zur Erfüllung der Dispositionen des Erblassers II. 108 ff.
Pflichttheil I. 22. 57. 86. 308. II. 98. 150. 154. 234. 242. 300. 319. 322. 332. 379. 391. 406.
—— Art der Hinterlassung dess. II. 441 ff.
—— außerordentlicher II. 488 ff.
—— Berechnung dess. II. 437 ff.
—— Größe dess. II. 432 ff.
—— Gründe zur Ausschließung von dems. II. 479 ff.
—— Schutz dess. II. 443 ff.
Pflichttheilsberechtigte II. 407. 426 ff.
Pflichttheilsrecht I. 76. II. 406. 407. 425 ff.
Pia causa I. 141. 154. 155. 191. II. 332.
Poenae nomine relicta I. 204. 205.
Portio legitima s. legitima portio.
—— portioni, non personae accrescit II. 79.
—— semper cum onere accrescit II. 81.
Possessor pro herede II. 161. 163. 166. 169 ff. 270. 384. 451.
—— pro possessore II. 161. 163. 166. 169 ff. 270. 384. 451.
Possessores ficti s. ficti possessores.
Postliminium I. 138. 145.
Postumi, ihre Erbeinsetzung, Exheredation und Präterition I. 149 ff. 185. II. 406. 409 ff. 419 ff.
—— alieni I. 149. II. 412 ff.
—— Aquiliani II. 412.
—— legitimi seu juris antiqui II. 412.
—— Salviani seu Juliani II. 412.
—— sui I. 140. II. 412 ff.
Potestas dominica I. 44. II. 26.
—— patria I. 2. 87. 93 ff. 160. 165. 244. 288. II. 105. 153.
Potestativbedingung I. 237. 238. II. 42. 47. 210. 270. 302. 310. 394. 410.
Praeceptio II. 241.
Prädialservituten II. 126. 136. 300. 357. 361.
Präjudicialeinrede II. 188 ff.
Prälegat I. 256. 258. II. 240 ff. 326. 377. 389. 395.
—— qualificirtes II. 241.
—— reines II. 241.
Prälegatar II. 241 ff. 307.
Praelegatum dotis II. 371. 423.
Praemium emancipationis I. 93.
Präpariren der Querel II. 449.
Praestationes personales II. 174 ff.
Praescriptio longissimi temporis II. 104.
Präterition II. 29. 271. 406. 417 ff.
Präteritionslehre II. 490 ff.
Präterirte II. 417.
Prätorisches Erbrecht I. 16 ff. s. auch Bonorum possessio.
—— Rotherbenrecht II. 420 ff.
—— Testament I. 158.
Principaldelation I. 122.
Privatspecification II. 115.
Privattestament I. 159. 169. 172. 175. 180 ff. II. 17 ff.
Privilegirte Codicille I. 189. II. 253.
—— Testamente I. 180 ff.
Prodigus I. 144 ff. 160. 305. II. 27.
Pro herede gestio I. 22. II. 32. 33 ff. 45. 54.
Protocoll I. 176. 177. 178. II. 19.
Pubertät I. 142. II. 200. 349.
Pubes I. 160. 305. II. 57. s. auch Mündigkeit.
Publicatio testamenti I. 176.
Publication der letzten Willen II. 18 ff. 69.
Pupillarsubstitution I. 133. 184. 269. 271. 285 ff. II. 18. 59. 231. 288. 318. 375. 423. 454. s. auch substitutio pupillaris.
—— Begriff und Anordnung ders. I. 285 ff.
—— Inhalt ders. I. 291 ff.
—— Verhältniß ders. zur Vulgarsubstitution I. 295 ff.
—— Wirkung und Erlöschen ders. I. 299 ff.
Pupillartestament s. testamentum pupillare.

Q.

Quadrans I. 259. II. 312.
Quaestio Domitiana I. 163.
Quantität s. legatum quantitatis.
Quarta divi Pii II. 131. 179. 428. 490 ff.

Digitized by Google

Quarta Falcidia I. 190. 257. 275. 294. II. 44. 114. 155. 220. 227. 231. 308. 310 ff. 326. 373. 387 ff. 401. 442.
—— Falcidia, Begriff ders. II. 310 ff.
—— —— Berechtigte zu ders. II. 313 ff.
—— —— Berechnung ders. II. 320 ff.
—— —— Rechtsmittel hinsichtlich ders. II. 328 ff.
—— —— Wegfall des Abzugs ders. II. 330 ff.
—— legitimae partis II. 433.
—— pars portionis ab intestato debitae II. 436.
—— Trebelliana I. 220. II. 44. 228. 256. 387 ff. 479.
Quasi postumi II. 409 ff.
—— ususfructus legatus II. 360.
Quasipupillarsubstitution I. 133. 269. 305 ff. II. 407. s. auch substitutio quasi pupillaris.
—— Erfordernisse ders. I. 307 ff.
—— Erlöschung ders. I. 309.
—— Wirkung ders. I. 308 ff.
Querela inofficiosae donationis II. 459 ff.
—— —— dotis II. 459 ff. 465.
—— inofficiosi testamenti I. 22. 53. 205. 304. II. 42. 94. 426. 443 ff. 463 ff.
—— —— —— ex jure novo II. 474.
—— nullitatis s. Nullitätsquerel.
—— —— ex jure novo II. 475. 484.
Qui dolo desiit possidere II. 22. 171. 179. 270. s. auch ficti possessores.
—— liti sese obtulit II. 171. s. auch ficti possessores.
Quincunx I. 259.

R.

Recitare testamentum II. 18.
Rechtsmittel des Erben II. 152 ff. s. auch hereditatis petitio.
—— des Vermächtnißnehmers II. 298 ff.
—— —— —— hinsichtlich der Quart II. 328 ff.
Reformsystem II. 470.
Regula Catoniana II. 264 ff. 340.
Reichsabschied von Speyer I. 101. 104.
Rei vindicatio II. 161 ff. 289. 302. 402.
Relegatum dotis II. 371.
Remedium ex lege ult. Cod. de edicto D. Hadr. tollendo (6. 33.) II. 193. 197 ff.
Remedium ex Nov. CXV II. 475.
Rentenvermächtniß II. 332. 345 ff.
Repräsentationsrecht I. 86 ff. 96. 123 ff. II. 440.
Repudiatio hereditatis II. 47 ff.
—— —— in fraudem legatariorum II. 270.
—— legati II. 284 ff.
Res fungibilis legata II. 344.
—— succedit in locum pretii, pretium in locum rei II. 183 ff.
Rescission des Testaments II. 4. 94.
Resignare testamentum II. 18.
Resolutivbedingung I. 184. 197. 217 ff. II. 309.
Responsio Celsina I. 163.
Restitution des Universalvermächtnisses II. 380 ff.
Retentionsrecht II. 186. 328. 385.
Rite exheredare II. 406. 408 ff.
—— instituere II. 406. 408 ff.
Rogatio testium I. 158. 164. 166 ff. II. 12.
Rückziehung des Erbschaftsantritts I. 14. 15. 246. 247. II. 101 ff.
Ruhende Erbschaft I. 9. s. auch hereditas jacens.
Ruptio tacita testamenti II. 9. 10. s. auch testamentum ruptum.
Rustici I. 192.

S.

Salmannen II. 25.
Satisdatio legatorum servandorum causa s. cautio leg. serv. causa.
Schenkung auf den Todesfall oder von Todeswegen II. 230 ff. s. auch mortis c. donatio.
Schwägerschaft I. 70.
Sclaven I. 13. 40. 57. 137. 147. 164. 215. 240. 243. 283. II. 265.
Seitenverwandte I. 19. 69. 70. 196. II. 429. s. auch collaterales und cognatio.
Semel heres, semper heres I. 43. 184. 218. 220. II. 54. 93. 210.
—— ruptum, semper ruptum II. 13.
Semuncia I. 259.
Senatusconsultum Juventianum I. 31. II. 174 ff. 195.
—— Libonianum I. 215.
—— Neronianum II. 224. 303.
—— Orphitianum I. 21. 28. 63. 66.
—— Pegasianum II. 227. 228. 312. 315. 373. 387.

Digitized by Google

Senatusconsultum Tertullianum I. 21. 28. 63. 66. 126.
—— Trebellianum II. 226. 228. 373.
Separata oeconomia II. 52.
Separationsrecht s. beneficium separationis.
Septunx I. 259.
Sequens gradus succedit in locum prioris I. 29.
—— ordo succedit in locum prioris I. 29.
Servi hereditarii I. 12.
Servus poenae II. 15.
Sescuncia I. 259.
Sextans I. 259.
Sicilicus I. 259.
Signare testamentum I. 171.
Singularfideicommiß II. 226. s. auch fideicommissum.
Singularklagen II. 161.
Singularsuccession I. 8. II. 211. 219. 220. 226. 376.
Singularvermächtnisse II. 8. 10. 155. 220 ff. 230. 335 ff. 376. 391 ff.
Sobrini I. 28. II. 311.
Socius liberalitatis principis I. 116. II. 494.
Solennitätszeugen I. 161. 191. 194. 280. II. 10.
Spatium deliberandi II. 43 ff. 280. s. auch beneficium deliberandi.
Species legata s. legatum speciei.
—— —— heredis propria II. 338.
—— —— legatarii propria II. 339 ff.
—— —— testatoris propria I. 247. II. 289. 302. 336 ff. 354. 357. 358.
Specification II. 280 ff.
Spolienklage II. 306.
Spurii I. 77.
Städte, deren testamenti factio passiva I. 152.
Status II. 15. 97. 146. 201.
Stiefkinder I. 90.
Stiftungen I. 154 ff. 190.
Stipulationes inter emtorem et venditorem II. 211.
Stirpes s. successio in stirpes.
Stumme I. 161.
Subfideicommissum II. 232.
Sublegatum II. 232. 337.
Subscriptio testatoris I. 158. 170.
—— testium I. 158. 170. 171. 197. II. 2. 197. 251.
Subsequens matrimonium I. 82. II. 97.
Subsidia paterna II. 159.
Subsignatio testium I. 158. 197. II. 251.
Substitutionen I. 135. 268 ff. II. 54. 256. s. auch substitutio.
—— fideicommissarische s. substitutio fideicommissaria.
Substitutio breviloqua I. 274.
—— compendiosa I. 274.
—— conditionalis I. 273.
—— directa I. 269.
—— duplex I. 295 ff.
—— est pars et sequela testamenti paterni I. 290.
—— exemplaris I. 269. 306.
—— fideicommissaria I. 269. 270. 271. II. 230.
—— in primum casum I. 269.
—— in secundum casum I. 269. 271. 285.
—— in utrumque casum I. 295.
—— Justinianea I. 269. 306.
—— militaris I. 281.
—— mutua I. 274.
—— pupillaris I. 269. 271. 285 ff.
—— —— tacita I. 269.
—— quasi pupillaris I. 269. 271. 306 ff.
—— reciproca I. 274. II. 39.
—— vulgaris I. 269. 272 ff. II. 3.
—— —— tacita I. 296. 303.
Substitutionen bei Vermächtnissen I. 271. II. 237. 260 ff. 273.
Substitutus substituto censetur esse substitutus instituto I. 277. 295.
—— —— instituto substitutus huic quoque censetur qua instituto I. 278.
Successio ab intestato extraordinaria I. 62.
—— ab intestato ordinaria I. 62.
—— graduum I. 16. 20. 29. 30. 36. 62. 117 ff. II. 84. 93. 237. 273. 450.
—— in beneficium abstinendi II. 63.
—— in capita I. 19. 89 ff. 98 ff. 104 ff. 109. 130. II. 83.
—— in delationem I. 45. 118 ff. II. 66 ff. 73.
—— in lineas I. 62. 98 ff. 102. 109. 136. II. 82 ff.
—— in querelam inofficiosi testamenti II. 450.
—— in stirpes I. 62. 87 ff. 100 ff. 109. II. 82. 83. 151.
—— in universum jus defuncti I. 4 ff. II. 78.
—— in usucapionem II. 102.
—— legitima I. 17.

Digitized by Google

Successio mortis causa I. 1. 8.
—— ordinum I. 16. 20. 29. 30. 36. 62. 117 ff. II. 93. 237. 273. 450.
—— per universitatem I. 5. 6 ff.
—— testamentaria I. 46.
Successionsfähigkeit I. 54 ff. 69. 148 ff. II. 26.
Successionsordnung I. 55. 69. 117 ff. II. 263.
Successionsrecht der uxor indotata I. 112 ff.
—— gegen den Willen des Erblassers I. 54. II. 407.
Successive Delation I. 117. II. 66. s. auch successio ordinum et graduum.
—— Vermächtnisse II. 260 ff.
Sui heredes I. 18 ff. 26. 44. 64. 66. 225. 288. II. 27. 50 ff. 65. 91 ff. 118. 140. 145. 205. 247. 406. 409 ff. 418 ff.
—— —— immediati II. 52 ff. 70. 409.
—— —— mediati II. 52 ff. 70. 410.
Summe, Vermächtniß ders. II. 343 ff.
Supellex legata II. 341 ff.
Superficies legata II. 356. 361.
Superscriptio I. 171.
Suspensivbedingung I. 221 ff. II. 266. 286.
System der reinen oder absoluten Nullität II. 476 ff.
—— der relativen Nullität II. 477 ff.

T.

Tabulae ceratae I. 157.
—— obsignatae I. 157.
—— testamenti apertae II. 69.
—— —— primae I. 290. 307. II. 59. 60.
—— —— pupillares I. 290.
—— —— secundae I. 290. II. 59. 60.
Tabularius I. 194. II. 115.
Taube I. 143. 161.
Taubstumme I. 143. 305.
Tempus cretionis II. 41.
Testament I. 45. 50. 133. 136. 147. 157 ff. 251 ff. II. 1 ff. 17 ff. 248 ff. 255 ff. 374. s. auch testamentum.
—— der Analphabeten I. 194.
—— des Blinden I. 193 ff.
—— der Eltern I. 186 ff.
—— der Landbewohner I. 191 ff.
—— der Soldaten I. 180 ff. II. 330. 333. 396. 407. s. auch Militärtestament.
Testament der Stummen I. 143 ff.
—— der Tauben I. 143 ff.
—— gemeinschaftliches s. gemeinschaftliche Test.
—— mündliches I. 166. 172 ff. 187. 253.
—— öffentliches s. öffentliche Test.
—— schriftliches I. 169 ff.
—— wechselseitiges s. wechselseitige Test.
Testamentarii II. 25.
Testamentarius I. 169.
Testamenti factio I. 12. 25. 38. 50. 136 ff. II. 267. 269. 282. 406.
—— —— activa I. 136 ff. II. 2. 14. 198. 231. 400.
—— —— passiva I. 136 ff. 153. 154. II. 237. 400.
Testamentserrichtung I. 142. 159 ff.
Testamentsmündigkeit I. 286.
Testamentsvollzieher II. 24 ff.
Testamentszeugen I. 136. 160 ff. II. 20 ff. s. auch testes.
Testamentum I. 134. s. auch Testament.
—— ad pias causas I. 190 ff.
—— allographum I. 169. 214.
—— apud acta conditum I. 176. 178. II. 19.
—— coram parocho competenti et duobus testibus I. 176.
—— correspectivum I. 196. II. 6.
—— desertum II. 15 ff.
—— destitutum II. 15 ff.
—— holographum I. 170.
—— imperfectum II. 2.
—— implicitum I. 253.
—— in calatis comitiis I. 133. 156.
—— in procinctu I. 156.
—— injustum II. 2. 418.
—— inofficiosum II. 426.
—— irritum II. 14 ff.
—— judici oblatum I. 178 ff. II. 20.
—— juris civilis II. 17.
—— militare I. 53. 181.
—— mixtum I. 174.
—— mutuum I. 195 ff.
—— mysticum I. 253.
—— non jure factum II. 2. 418.
—— nullum II. 2 ff. 16. 418.
—— nuncupativum I. 172 ff. 213.
—— —— in scripturam redactum I. 174. 213. II. 21.
—— parentum inter liberos I. 186 ff. 214. II. 14.
—— per aes et libram I. 133. 134. 156.
—— pestis tempore conditum I. 168.

Digitized by Google

Testamentum posterius imperfectum in favorem heredum ab intestato conditum II. 11 ff.
—— praetorium I. 157. 158.
—— prima figura seu facie justum II. 197.
—— principi oblatum I. 176. 196.
—— privatum I. 159.
—— privilegiatum I. 180.
—— publicum I. 159. 175. II. 20.
—— pupillare I. 290. II. 407.
—— quasi pupillare I. 307.
—— reciprocum I. 195. 197.
—— rescindibile II. 4.
—— rescissum II. 1. 4.
—— ruptum II. 4 ff. 419.
—— rusticorum vel ruri conditum I. 191.
—— simultaneum I. 195.
—— scriptum I. 169.
Testator I. 135.
Testes idonei I. 160.
—— rogati I. 164. 168.
—— voluntarii I. 164.
Testirfähigkeit I. 135. 136 ff. 145. 146. 302. II. 282 ff. s. auch test. factio activa.
Testirunfähigkeit I. 137 ff.
Theilung der Erbschaft s. Erbtheilung.
Theilungsinstruction I. 189.
Transitus legalis II. 101.
Translatio legatorum II. 278 ff.
Transmission der Erbschaft I. 127. 128. II. 62 ff. 273. 387. 397.
—— der Vermächtnisse II. 283. 292.
Transmissio hereditatis ex capite delationis dubiae vel in litem vocatae II. 77.
—— —— ex capite infantiae seu ex jure patrio II. 68 ff.
—— —— ex capite in integrum restitutionis II. 74 ff.
—— —— ex capite suitatis II. 63. 67.
—— —— Justinianea sive ex jure deliberandi II. 72 ff.
—— —— Theodosiana II. 69 ff.
Transmissionserbe I. 120.
Transmissionsfälle I. 118. 124. 284. II. 66 ff.
Transmissionsjahr II. 46.
Treuwärter II. 25.
Triens I. 259.
Tripondium I. 260. 263. 264.
Turpis institutio I. 202.
—— persona I. 205. II. 430. 452.
Tutela testamentaria perfecta II. 250.

U.

Ueberlegungsfrist II. 43. 396. s. auch beneficium u. spatium deliberandi.
Ultima voluntas I. 45.
Ultima voluntas intestati II. 12.
Ultimum adjutorium II. 447.
Uncia I. 189. 259. 260.
Uneheliche Kinder s. Kinder.
Ungültigkeit der Testamente II. 1 ff.
—— der Vermächtnisse II. 264 ff.
Unitas actus I. 165 ff. 291. II. 10. 400.
—— diei I. 166.
—— loci I. 165.
—— temporis I. 165.
Universalfideicommiß I. 8. II. 12. 220. 226. 256. 315. 372 ff. s. auch Universalvermächtniß.
Universalklage II. 163. 188.
Universalsuccession I. 6 ff. 252. 254. II. 25. 77. 101 ff. 219. 220. 228. 383 ff.
Universalvermächtniß I. 135. 269. II. 61. 220 ff. 372 ff.
—— Anordnung dess. II. 374 ff.
—— Erwerb dess. II. 380 ff.
—— Geschichte dess. II. 220 ff. 372 ff.
—— Object dess. II. 377 ff.
—— stillschweigendes I. 256.
—— Wirkung der Restitution dess. II. 381 ff.
Universitas I. 4. 6. II. 16. 376.
—— facti II. 342.
—— juris II. 342.
Universitäten, Erbrecht ders. I. 116.
Unmündige I. 95. 142. 147. 285. II. 27. 200. s. auch impubes.
Usucapio pro herede I. 3. 13. II. 41. 104. 176. 195.
Usurarius I. 145.
Usus legatus II. 361.
Ususfructus I. 91. 102. 103. 258. II. 301. 307. 317.
—— legatus II. 297. 343. 347. 355. 358 ff.
—— —— Arten dess. II. 358 ff.
—— —— Wirkungen dess. II. 360 ff.
Uterini I. 21. 64. 104 ff. II. 429. s. auch Halbgeschwister.

V.

Venditio bonorum II. 43.
—— hereditatis II. 211.
—— spei I. 48. II. 218.
Venire des dies s. dies veniens.
Ventris inspectio II. 204.
Veräußerung der Erbschaft s. Erbschaftsveräußerung.

Digitized by Google

Veräußerung des Universalvermächtnisses II. 382 ff.
Verba civilia, imperativa I. 209. 251. II. 222.
Verletzung im Pflichttheil II. 444 ff.
Vermächtniß I. 8. 141. 188. 220 ff. 245. 247 ff. 293. II. 16. 218 ff. s. auch legatum und fideicommissum.
—— Anfall deſſ. II. 283 ff.
—— Anordnung deſſ. II. 230 ff.
—— Begriff deſſ. II. 218 ff.
—— Erwerb deſſ. II. 283 ff.
—— Folgen d. Erwerbes deſſ. II. 289 ff.
—— Form der Anordnung deſſ. II. 247 ff.
—— Inhalt deſſ. II. 257 ff.
Vermächtniſſe, einzelne Arten derſ. II. 335 ff.
—— des Lebensunterhaltes II. 347 ff.
—— dinglicher Rechte II. 356 ff.
—— einer Gattungsſache II. 350 ff.
—— einer Rente II. 345 ff.
—— einer Sachgeſammtheit II. 341 ff.
—— einer Summe oder Quantität II. 343 ff.
—— einzelner beſtimmter Sachen II. 336 ff.
—— in Bezug auf Forderungen II. 362 ff.
Vermächtnißgeber II. 231 ff.
Vermächtnißnehmer II. 237 ff.
—— Klagen deſſ. II. 298 ff.
Vermächtnißträger II. 232 ff.
—— Rechte deſſ. II. 308 ff.
Vernichtung der Teſtamentsurkunde II. 6 ff. 269.
Verpfleger eines Blödſinnigen I. 117.
Verſchollene II. 37.
Verwaltung der Erbſchaft I. 14. II. 24.
Verwandtſchaft I. 55. 61. 69. 84 ff. s. auch agnatio und cognatio.
—— mehrfache I. 108 ff.
Verwendungen s. impensae.
Verzug s. mora.
Vis absoluta I. 199.
Vorläufige Immiſſionen s. Immiſſionen.
Vulgarſubſtitution I. 133. 269 ff. s. auch substitutio vulgaris.
—— Anordnung derſ. I. 271 ff.
—— Wirkung derſ. I. 280 ff.
Vulgo quaesiti I. 77.

W.

Wahl bei Vermächtniſſen II. 244. 351 ff. 354 ff. 365.
Wahlvermächtniß s. optio legata.
Wahnſinnige s. furiosus und Geiſteskranke.
Wechſellegat II. 327.
Wechſelſeitige Teſtamente I. 195 ff. II. 6.
Widerruf der Teſtamente I. 179. 183. 233. II. 4 ff. 269.
—— der Vermächtniſſe II. 274 ff. 300.
Willensbeſtimmung bei letztwilligen Verfügungen I. 198 ff.
Willenserklärung bei letztwilligen Verfügungen I. 208 ff.
Willkühr dritter Perſonen bei letztwilligen Verfügungen I. 206 ff.
Witwe s. arme Witwe.

Z.

Zeitbeſtimmung I. 38. 216 ff. s. auch dies.
—— bei Hinterlaſſung des Pflichttheils II. 441 ff.
Zeugen s. testes.
Zeugenfähigkeit I. 158. s. auch testes idonei.
Zwang I. 201 ff. s. auch erzwungener Erbſchaftsantritt.
Zwangserben I. 44. 51.
Zweite Ehe I. 59.

Digitized by Google

Zusätze und Berichtigungen.

Zur I. Abtheilung.

Seite 17 Zeile 11 v. o. lies „civile" statt „civilistische".
" 17 " 12 " " " „civiler" " „civilistischer".
" 29 " 4 v. u. " „dieses" " „eines".
" 31 " 10 v. o. " „civilen" " „civilistischen".
" 38 " 8 " " " „§ 49. III. 3. e" statt „§ 49. IV. 2. γ. aa".
" 39 " 8 v. u. " „§ 79. statt „§ 76. Nr. III".
" 39 " 9 " " " „§ 80. " „§ 76. Nr. IV".
" 43 " 1 v. o. " „an der" statt „auf die".
" 43 " 10 " " " „§ 56. II. B. 2. b". statt „§ 56. II. B. α".
" 48 " 10 " " " „§ 81. Nr. V. B". statt „§ 77. Nr. V. A".
" 67 " 7—9 v. o. lies „durch ein Weib vermittelt wird, wenn auch durch nicht legitimirte uneheliche Zeugung" statt „durch ein Weib oder eine uneheliche, unlegitimirte Zeugung vermittelt wird".
" 67 " 20—25 " " lies „Uneheliche Kinder, legitimirte wie nicht legitimirte, sind der Mutter und deren Familie gegenüber nicht Agnaten, wohl aber Cognaten. Nicht legitimirte uneheliche Kinder sind dem Vater und dessen Familie gegenüber weder Cognaten noch Agnaten. Legitimirte sind ihm und seiner Familie gegenüber Agnaten und Cognaten, gleich ehelichen".
" 83 " 14 v. u. lies „konnte" statt „kann".
" 101 " 11 v. o. streiche „nicht".
" 116 " 18 " " füge hinzu „Auch das Regiment, dem der Verstorbene als Soldat angehörte, hat ein dem Fiscus vorgehendes Erbrecht; const. 2 Cod. 6. 62. cf. L. 6 § 7 D. 28. 3.
" 145 " 3 v. u. lies „§ 49. Nr. IV". statt „§ 49. Nr. II. 2".
" 234 zu Anm. 32 füge bei L. 75 D. 35. 1: »Dies incertus conditionem facit in testamento«.
" 272 Zeile 3 v. u. lies »substitutus« statt »institutus«.
" 272 " 2 " " " »secundi« statt »primi«.
" 278 " 10 v. o. " „$^1/_{12}$" statt „$^1/_2$".
" 280 " 12 v. u. " „die Wirksamkeit" statt „die Möglichkeit der Wirksamkeit".

Digitized by Google

Zur II. Abtheilung.

Seite 3 Zeile 4 v. u. streiche „wenn“.
" 4 " 10 v. o. lies „§ 60. Nr. II. B“. statt „§ 60. Nr. II. 2“.
" 15 " 2 " " " „des“ statt „eines“.
" 26 " 16 v. u. füge hinzu „Köppen, vom Erwerbe der Erbschaft und der Vermächtnisse“.
" 29 " 6 " " streiche „und in jenem Falle“.
" 33 " 2 " " " „d. i. ohne Worte“.
" 47 " 5 v. o. lies „Prax.“ statt „Prag“.
" 97 " 4 v. u. " „β“ statt „α“.
" 102 " 12 " " " „ist eine solche Fortsetzung der Ersitzung dann nicht zulässig“ statt „wird eine solche Fortsetzung der Ersitzung unterbrochen“.
" 106 " 5 v. o. streiche „einzigen“.
" 127 " 7 " " lies »jura in re aliena« statt „dingliche Rechte“.
" 128 " 3 " " " »jura in re aliena« statt »jura in re«.
" 131 " 1 v. u. füge hinzu hinter fiat »Quodsi possideat eam partem«.
" 151 " 11 v. o. lies »collatio emancipatorum« statt »bonorum emancipatio«.
" 159 " 7 v. u. füge hinzu „Francke, exegetisch-dogmatischer Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione«.
" 160 " 4 " " setze „Anm. 1. hinter legitimiren“.
" 171 " 6 v. o. lies „bez.“ statt „und“.
" 242 " 7 v. u. " „die Restitution seines Erbtheils als Universalvermächtniß an einen Dritten aufgegeben“.
" 249 " 1 " " füge hinzu „cf. §. 85 Nr. D. 4“.
" 257 " 9 v. o. " " „Dieser Unterschied ist willkührlich und practisch kaum jemals erheblich; cf. Arndts § 546. Anm. 2“.

Ex. Fille

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google